STORIA DEL DIRITTO ROMANO

DALLE ORIGINI A GIUSTINIANO.

STORIA DEL DIRITTO ROMANO

DALLE ORIGINI A GIUSTINIANO.

STORIA
DEL
DIRITTO ROMANO
DALLE ORIGINI A GIUSTINIANO

DI

GIACOMO MUIRHEAD

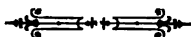
PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI EDINBURGO

TRADUZIONE DALL'INGLESE CON NOTE

del

Dott. LUIGI GADDI

CON PREFAZIONE DI PIETRO COGLIOLO

PROFESSORE NELL'UNIVERSITÀ DI MODENA

MILANO

Dott. LEONARDO VALLARDI, Edit.

Via Disciplini, 15

—

1888

DUE PAROLE DI PREFAZIONE

La storia del diritto romano divenuta regolare insegnamento nelle università italiane, comincia ad avere i suoi nemici e i suoi troppo amici, che il loro odio od amore derivano dal modo nel quale molti l'intendono, cioè come corso di antichità giuridiche. E se davvero dovesse contenere la storia minuta del diritto pubblico e adagiarsi con gioia nello investigare cose e notizie ai giuristi non utili, direi anch'io che la si dovesse tôrre dalla facoltà giuridica e porre altrove. Per poco che ci si avvezzi alle ricerche storiche si affina un particolar gusto di tutto ciò che è antico, che fa spesso che si perda il desiderio di contenersi nei limiti indicati dal luogo ove è posto e dallo scopo cui è diretto questo insegnamento. Il quale dunque riguarda solo la storia del diritto privato, e precipuamente quelle istituzioni che passarono ai popoli moderni; perchè è così che agli studî giuridici e alla scienza del diritto civile e alla stessa pratica giurisprudenza vengono quella luce mirabile e quei mirabili effetti che d'altronde non si potrebbero avere. Ad impedire che le *antichità* si mutino in

vera *storia* aiuta pur troppo il metodo da non pochi usato di raccogliere testi e frammenti attorno ad alcuni concetti già fissati come caselle immobili, e fermarsi lì senza andare più avanti; ed invece un più ampio orizzonte è possibile scoprire quando si cerchino gli avanzi romani per unirli adeguatamente con quelli degli altri popoli di razza uguale, e quindi si confronti e si paragoni: la quale ricerca dicasi o non dicasi sociologica, dicasi o non dicasi diretta a trovare la evoluzione di tutto il diritto ariano, dicasi o non dicasi con altre parole male adoperate dai fanatici allegri che rovinano la serietà d'ogni scienza giovane screditandola, poco importa pur di persuadersi che senza paragonare Roma con altre genti e con altri tempi non si può rifare un diritto morto, e che senza tal paragone a raccogliere magazzini di antichità ci si arriva, ma a creare una storia completa e significativa no. Si lascino anche da parte per ora i selvaggi e l'India e la vecchia Irlanda, ma il diritto romano non confrontato con quello degli antichi Germani non può essere nei primi secoli di sua vita compreso, e con molte cautele confrontato diventa invece così completo e lucente, da non essere nè sperabili nè prevedibili subito i resultamenti benefici che possono derivarne.

Ho detto pensatamente con molte cautele, perchè l'amore all'analogia può far dimenticare che la diversità nel grado di sviluppo dei due popoli ora nominati e una certa fisonomia propria ad ognuno impediscono che tutte le norme vi sieno uguali. E particolarmente è nei diritti sulle cose che questo avviene, imperocchè la proprietà comune germanica e quella individuale romana furono sistemi così opposti da toglier la base a qualunque similitudine. Non è molto che un grande storico e giurista

scrivendo sull'allodio, ha voluto alcune regole germaniche, come la presenza del popolo negli atti giuridici o i limiti alla vendita dei beni, riscontrare pure presso i Romani e spiegare così le loro *res mancipi:* ma a me è sembrato e sembra che in questi casi ogni analogia sia da respingersi per il fatto che la storia per quanto si spinga indietro nelle origini, trova quelle due genti in due non simili stadii di evoluzione sociale. Di ciò avrò prossima congiuntura di scriver più lungamente e meglio; ed ora le mie due parole di prefazione sono finite, e concludo col dire che quando l'anno scorso lessi in inglese quest'opera del Muirhead mi son fatto quest'idea, che ivi il diritto romano è esposto come vera storia; che i resultamenti di una seria sociologia sono sempre usati, senza dirli; che in mezzo a molte cose e a molte idee capaci di critica è continuo il filo dello svolgimento storico ed è completo il quadro di tutto il diritto dai re di Roma a Giustiniano; che moltissimi concetti dell'autore fanno pensare e ricercare; che senza tanta pesante erudizione, della quale s'incomincia ad essere stufi, c'è una tessitura scientifica molto chiara e quasi sempre prudente; e che a studiare quest'opera s'impara non poco, e non ci si annoia punto.

Modena il 20 febbraio 1888.

PIETRO COGLIOLO.

Le note tra parentesi quadre [ ] son del traduttore.

PARTE PRIMA.

PERIODO DEI RE [1]

CAPO PRIMO.

Condizione sociale e politica di Roma e dei suoi abitanti fino all'epoca di Servio Tullio.

§ 1.

Genesi dello Stato romano.

La unione delle razze latina, sabina e, in piccola parte, etrusca, le quali — sia che avessero conquistate le nuove sedi o fossero state ivi dominate da nuovi venuti; sia che d'antichissimo tempo abitassero sulle rive del Tevere o di recente vi fossero immigrate — assieme costituirono i primi elementi del popolo romano, non dovette necessariamente portare con sè la adozione di comuni istituzioni civili e di eguali norme giuridiche. Perchè, quantunque codesti popoli siano discesi dalla stessa sorgente indo-europea ed abbiano ereditato le stesse idee primitive intorno alla religione ed al governo, lo sviluppo separato ed indipendente di ciascuno di essi deve avere nel corso dei secoli modificato poco o tanto le idee originariamente comuni (2).

---

(1) Vedi specialmente: PUCHTA *Cursus der Institutionen d. Röm Rechts* Leipzig 1841, e (Krüger curante) Leipzig 1875 vol. I §§ 36-50. — CLARK *Early Roman Law. Regal Period* London 1872. — GENZ *Das Patricische Rom.* Berlin 1878. — KUNTZE *Cursus der Institutionen* Leipzig 1879, §§ 47-68. — BERNHÖFT *Staat und Recht der Röm. Königszeit in Verhältniss zu verwandten Rechten* Stuttgart 1882.

(2) L'origine ariana di alcune delle importanti nozioni religiose e di varie istituzioni dell'antica Roma, la loro corrispondenza alle nozioni ed alle isti-

Si suol dare come caratteristica della razza latina il senso della importanza della disciplina e l'omaggio reso al potere e alla forza; dei Sabini si vuol proprio il sentimento religioso ed il rispetto agli dêi; agli Etruschi infine si attribuisce l'osservanza delle forme rituali e delle cerimonie nelle cose divine ed umane. Per vero di tali influenze appariscono gli effetti nello sviluppo delle antiche istituzioni di Roma, sì politiche che civili militari e religiose. Non deve pertanto sembrare ardita la ipotesi che anche nel diritto privato si siano fatte sentire codeste influenze. La *patria potestas*, la quale conferiva al padre diritto di vita e di morte sui figli; la *manus* o potere del marito sulla moglie; la dottrina che quelle cose specialmente possono dirsi nella proprietà di un cittadino le quali egli ha prese con la forza delle sue armi (3); il diritto che un creditore ha di impadronirsi del debitore non solvente e di sostenerlo in carcere, e al bisogno di ridurlo in ischiavitù — tutto ciò concorre appunto a dimostrare che essi ritenevano il diritto nascere dalla forza.

La cerimonia del matrimonio religioso; il riconoscere alla moglie padronanza nella casa ed il farla partecipare tanto ai sacri officii quanto alle cure domestiche; il consiglio di famiglia dei congiunti, sì materni che paterni, allo scopo di sorreggere il *pater familias* nell'esercizio della domestica giurisdizione; la pratica dell'adozione a fine di prevenire la estinzione delle famiglie ed impedire che i defunti manchino delle preghiere e dei sacrificii necessarii al riposo della loro anima — ciò sembra consono ad un diverso ordine di idee e mostra evidentemente un'origine sabina. L'influenza etrusca si è fatta sentire soltanto in epoca più recente; ma ad essa può forse attribuirsi la stretta osservanza che fu richiesta sempre di cerimonie e di parole rituali nelle più importanti transazioni della vita pubblica e privata.

---

tuzioni dell'India e della Grecia, è stata mostrata da FOUSTEL DE COULANGES *La cité antique* (1.ª ediz. Paris 1857) 7.ª ediz. Paris 1879; da sir H. SUMMER MAINE *Ancient Law* (1.ª ediz. London 1862) 9.ª ediz. 1883; BERNHÖFT *op. cit.*; LEIST *Graeco-Italische Rechts geschichte* Iena 1884.

(3) « *Maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent* ». Gai. IV 16. È questa una dottrina preromana piuttosto che romana.

L'unione dei Sabini e dei Latini ebbe per risultato di fare applicabili alla vita loro pubblica di popolo unito, le norme separatamente adottate; ma non solo è possibile bensì è probabile che, rispetto ai rapporti privati dei suoi membri, ciascuna tribù abbia continuato per assai tempo a dar la preferenza alle sue proprie idee e tradizioni giuridiche e che la fusione completa sia avvenuta solo dopo un lento processo, in parte incosciente in parte dovuto all'intervento del re o dei pontefici. Per vero, come vi sono troppo scarse ragioni per credere alla esistenza di una costituzione perfettamente organizzata, almeno fino all'epoca della riforma di Servio, così pochi argomenti si hanno per credere alla esistenza di un definito sistema di diritto privato. Razze miste, nelle cose di minor importanza almeno, debbono avere avuto costumi ed usi varii; e, benchè manchino i dati per istabilire con certezza la coesistenza di sistemi diversi per i diversi rami della popolazione, tuttavia è difficile resistere alla convinzione che alcuni effetti del dualismo (4), così evidenti in molte istituzioni antiche di Roma, possano essere spiegati per mezzo delle considerazioni etniche (5).

---

(4) Lo JHERING [*Geist des Röm. Rechts* I § 23], pure assegnandone cause diverse, così riassume e pone a confronto le più evidenti manifestazioni di esso dualismo:

	Sistema religioso (*fas*).	Sistema laico (*ius, vis*).
Simboli	*aqua et ignis*	*hasta* (*quiris*) *manus.*
Rappresentanti. . . .	Numa.	Romolo.
Matrimonio	*confarreatio* (*far, aqua et ignis*).	*coemptio* (*hasta coelibaris*).
Contratti.	giuramento, *sacramentum, sponsio, foedus.*	pubblica garanzia, *mancipatio, nexum.*
Procedura	*legis actio sacramento.*	giustizia privata, *vindicatio, manus iniectio.*
Diritto penale	*homo sacer.*	*vindicta publica.*
» »	*poena*, mezzo di espiazione.	*poena,* mezzo di riparazione.

(5) [La storia delle influenze etniche esercitatesi sulle istituzioni politiche e giuridiche romane è più che mai controversa. Gli scrittori moderni sono specialmente discordi nell'ammettere o nel rifiutare la partecipazione degli Etruschi al primo ordinamento di Roma, volendo alcuni negar fede alla tradizione che dai tre elementi, latino sabino ed etrusco, dice risultare la compagine romana. La scoperta di una necropoli etrusca sull'Esquilino sotto

§ 2.

I patrizi (6).

V'è una parte del diritto romano che porta il nome caratteristico di *ius quiritium,* diritto degli uomini della lancia. *Quirites* sono i membri delle famiglie gentili, organizzati in curie per iscopi anzitutto militari ed in seconda linea politici. Essi soli fra gli abitanti dei luoghi circostanti all'*urbs quadrata,* almeno fino all'epoca di Servio Tullio, sono considerati cittadini; essi soltanto possono consultare gli dèi con il mezzo degli *auspicia* e servire i sacrificii offerti alle deità tutrici di Roma. Di fra essi il re sceglie il suo consiglio di anziani; essi, e non altri, prendono parte ai comizii curiati, all'assemblea dei guerrieri; essi soli, infine, possono stringere un legittimo matrimonio e fare un testamento; in una parola essi esclusivamente traggono partito delle speciali istituzioni di Roma.

Ma queste prerogative i cittadini le avevano in quanto erano membri di famiglie gentilicie. Il patriziato romano era infatti una federazione di *gentes* o *clans;* questi erano alla lor volta aggregazioni di famiglie le quali portavano un medesimo nome, e, teoricamente almeno, derivavano

---

a fondazioni romane di carattere arcaico farebbe credere alla esistenza di una città e di una supremazia dei Raseni nel Lazio prima della *urbs* romulea; così almeno arguisce il MIDDLETON (*Ancient Rome* 1885). Ma dato anche che il DRESSEL erri nell'asserire (*Annali dell'Istituto di corrispondenza archeologica* LI 294, (a. 1879) che la suppellettile di cotesta necropoli è di fabbricazione relativamente recente (quinto e sesto secolo di Roma) si potrà, credo, ammettere soltanto che sull'Aventino sorse in epoca preistorica e si mantenne sotto i primi re di Roma un *pagus* etrusco. Sulla questione della natura etnica del popolo romano si consultino anche: A. AMPÉRE *L'histoire romaine à Rome* Paris 1863. — PANTALEONI *Storia civile e costituzionale di Roma* Torino 1881. — BONGHI *Storia di Roma* vol. I Milano 1885. — BERTOLINI *Le origini romane* (*Rivista storica italiana* 1884, I 201)].

(6) JHERING *Geist* ecc. vol. *i* § 14. — GENZ come sopra, p. 1 e seg. — VOIGT *XII Tafeln* vol. *ii* §§ 169 e 170. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del Diritto romano* Firenze 1886 p. 8 e, per quanto riguarda la *gentes*, p. 28 *a;* 51 *e;* 154 e seg. (cap. XI e note relative)].

la origine loro da un comune antenato. Abbia o no fondamento storico il racconto tradizionale della proporzione numerica fra le famiglie i *clans* e le curie; si spieghi in qualsivoglia modo la compiacenza con cui gli antichi scrittori constatano codesta simmetria; è fuori di dubbio che la organizzazione gentilè era comune alle due razze, almeno, le quali più largamente contribuirono a formare lo Stato romano, e che essa organizzazione fu la base del nuovo ordinamento. Ogni federazione richiede naturalmente la elezione di un capo comune e comuni istituzioni religiose militari politiche e giudiziarie; tuttavia dovette passare assai tempo prima che ogni divergenza fra le *gentes* confederate scomparisse completamente. I *clans* hanno ciascuno un culto speciale (questo anzi era in tempi così remoti il vincolo principale dei membri di una associazione), proprietà comune e comune sepolcreto; inoltre devono aver avuto ognuno assemblee o *concilia* speciali, non solo per regolare i *mores* proprii alla *gens*, ma per formulare veri statuti e decreti gentilici. E, poichè si citano esempi di guerre sostenute da una singola *gens*, questa deve necessariamente avere avuto il diritto di costringere al servizio militare i suoi *gentiles* e *gentilicii* (7). Le vedove e gli orfani del gentile defunto sono sotto la tutela della *gens* o di alcuno dei suoi membri, alla fiducia del quale furono specialmente confidati. Se un gentile non lascia eredi, le sue proprietà passano agli altri membri della *gens*. La condotta morale dei *gentiles* è sotto l'alta revisione e coercizione disciplinare della *gens*, la quale interviene anche a prevenire la prodigalità e la imprevidenza; restringe gli abusi della domestica autorità; colpisce d'infamia, e, probabilmente in casi gravi, di pena ogni infrazione alla data fede ed ogni altra disonorevole azione. Si è detto che ciò non basta a determinare l'esercizio di una giurisdizione speciale della *gens*; ma innanzi a tutti gli altri poteri che questa indubitatamente possiede, è difficile supporre che essa non fosse chiamata

---

(7) *Gentiles* erano propriamente i capi delle famiglie le quali componevano la *gens*; i membri che dipendevano da coteste famiglie e i clienti relativi erano soltanto *gentilicii*.

sempre, per mezzo del suo capo, a fare la parte di paciere e di arbitro, senza uscire dalla propria competenza. Finalmente, i membri di ogni *gens* erano legati fra loro dall'obbligo della mutua assistenza, dovevano sovvenire agli indigenti, riscattarsi dalla cattività, sostenersi reciprocamente nelle loro giuste dispute e contese, vendicare gli uccisi o gli ingiuriati.

Come ciò avvenisse in pratica, non è possibile dire; noi non sappiamo se la presidenza o direzione dei *clans* fosse ereditaria od elettiva, e, in quest'ultimo caso, se fosse a vita o a termine più breve. Probabilmente in questa come nelle altre materie non si seguiva un metodo uniforme. Comunque siasi nel sistema gentilizio innegabilmente si deve scorgere un *imperium in imperio* che non può non aver esercitato per due o tre secoli una potente influenza sul diritto privato e che non bisogna trascurare quando si vogliano assegnare le cause del progresso più o meno rapido dei principii giuridici (8).

§ 3.

I clienti (9).

Fin dagli inizi della sua storia Roma dava ampia promessa della futura grandezza. Fortunata in una serie di guerricciuole, tolse a molte piccole comunità l'esistenza indipendente, pur lasciando ai membri di esse, privati

(8) È degno di nota che, fatte pochissime eccezioni, le varie *gentes patritiae* non erano numericamente forti. Qualunque spiegazione si dia di ciò, sembra infatti che, nonostante l'ammissione al patriziato delle principali famiglie albane fatta da Tullo Ostilio e la creazione delle *minores gentes* per parte di Tarquinio Prisco, codeste casate decadessero così rapidamente che alla fine del periodo regio di trecento, numero originario, s'eran ridotte a poco più della metà (vedi GENZ *l. c.* p. 9 e seg.). La forza delle *gentes* Tarquinia e Claudia era dovuta al numero grande dei loro clienti; quella della *gens* Fabia forse derivava dalla proibizione fatta ai suoi gentili di esporre i fanciulli e dall'obbligo che tutti gli uomini ad essa appartenenti avevano di condur moglie.

(9) Vedi MOMMSEN *Die Röm. Clientel* in *Röm. Forsch.* II 355 e seg. — VOIGT *Ueber die Clientel u. die Libertinität* nei Berichte d. phil. — hist. Classe d. K. Sächs. Gesellsch. d. Wissensch. 1878 p. 147 e seg. — VOIGT *XII Tafeln* II 667 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 18 *u*; 80 5;

anche della religione tradizionale, il loro territorio ed il loro modo di vivere. Questi furono costretti a chiedere l'altrui protezione ed in massima parte ricorsero ai loro conquistatori. A molti altri, volontarii immigranti profughi d'altri paesi, la nuova città servì di richiamo; questa era proclive ad accettarli, ma soltanto come soggetti non come cittadini. Seguendo un costume famigliare ai Latini ed ai Sabini, i nuovi venuti invocarono la protezione dei capi delle principali famiglie patrizie, alle quali essi aderirono come liberi vassalli. Così sorse il rapporto giuridico fra patrono e cliente. Ogni cliente divenne più tardi membro indipendente della *gens* del patrono, e così indirettamente entrò a far parte dello Stato; ma dal suo proprio patrono egli ripeteva anzitutto aiuto e mantenimento ed a lui doveva in primo luogo fedeltà e servigii. Dionisio descrive la relazione fra patrono e cliente come quella che ha il più sacro carattere, e pone il dovere che ha il patrono verso il cliente subito dopo quello che egli ha verso i proprii figli e pupilli; infatti doveva provvedere al suo vassallo tutto che era necessario pel suo sostentamento e per quello della moglie e dei figli di lui; e, poichè in quel tempo era comune l'uso di concedere privati affitti, non è improbabile che il patrono o la *gens* dessero al cliente, a loro buon grado, un lotto di terra da coltivare. Il patrono doveva inoltre assistere il suo cliente nelle transazioni con i terzi, ottenere per lui riparazione alle offese fattegli e rappresentarlo innanzi ai tribunali quando fosse trascinato in litigi. D'altra parte il cliente doveva salvaguardare, con tutti i mezzi che erano in suo potere, l'interesse del patrono. Ciò che Dionisio dice, dovere esso cliente contribuire a dotare le figlie del suo patrono e simili cose, deve evidentemente riferirsi ad un periodo più recente della storia di Roma, quando qualche volta si ebbe una

---

209; 519 *a*. — Il Cogliolo, fra le varie cause che possono aver dato origine alla clientela, reputa principalissima la emigrazione dalle contrade settentrionali di Italia delle famiglie che la *primavera sacra* cacciava dalle sedi natie e che a Roma trovavano terre da dissodare o bonificare (*ex precario?*) con diritto ai frutti del proprio lavoro].

inversione delle parti rispetto alla ricchezza. Questo rapporto giuridico dava diritti ereditarii da una parte e dall'altra, e si possono citare esempi di famiglie che innalzatesi a buona posizione sociale con ingenti patrimoni, hanno ricordato di essere state molte generazioni addietro clienti di case patricie attualmente in cattive condizioni economiche, ed hanno soccorso queste come il dovere richiedeva. Ma nel periodo regio i vantaggi erano specialmente dal lato del cliente, il quale senza divenire cittadino otteneva direttamente la protezione del suo patrono e del *clans* di lui e indirettamente quella dello Stato.

§ 4.

I plebei (10).

La plebe comprendeva tutti quegli uomini liberi i quali, non essendo patrizii e nè clienti, avevano stabile e non temporanea dimora in Roma, vivevano a sè e godevano *de facto* almeno di proprie istituzioni. L'inizio di questo corpo sociale, come forma distinta da quella dei clienti, è volgarmente messo in relazione con la distruzione di Alba; pensandosi dai più che quelli di questo popolo, i quali non avevano titoli sufficienti per entrare nelle file del patriziato e nello stesso tempo erano troppo indipendenti per sottomettersi ad un privato patrono, si fos-

(10) [Il Padelletti assegna le stesse cause della origine dei plebei (PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 19 e seg.); ma il Cogliolo espose una nuova ipotesi. Nel corso degli anni che precedettero il regno di Servio si era addensata — egli crede — intorno al perimetro della prima Roma una folla (*pleo,* moltitudine) di persone varie di origine di lingua e di costumi, venute dalle montagne vicine, alla spicciolata, in cerca di più agevole vita, non ammesse nella *civitas* romulea. Questa *plebs* premeva alle porte di Roma per avere, non diremo partecipazione alla vita politica, ma riconoscimento della propria individualità, dal momento che la progredita civiltà aveva portato la necessità di un commercio fra i nuovi venuti, artefici industriosi, ed i patrizi cui più non bastavano gli scarsi prodotti di un sistema agricolo autoproduttivo. Questo riconoscimento, che non cangiò la posizione politica dei plebei ma li pose in condizione di ottenere (l'anno 305 di Roma) la sospirata *exaequatio iuris*, fu opera di Servio Tullio e fu raggiunto con la classazione

sero posti sotto la diretta protezione del re divenendo in tal modo, come dice Cicerone (il quale autore usa senza dubbio in senso volgare queste parole), clienti del re. Il loro numero, secondo la tradizione, aumentò considerevolmente negli ultimi tempi della monarchia, grazie alla conquista di molte città latine che avevano spezzato il trattato fatto dopo la caduta di Alba, e delle quali erano stati condotti a Roma gli abitanti. È molto dubbio, però, se la origine della plebe possa spiegarsi con tali immigrazioni; è più verosimile, storicamente, considerare i plebei come un insieme eterogeneo di uomini liberi senza *gentes,* pochi probabilmente da prima, ma rapidamente cresciuti di numero, i quali o spontaneamente o spinti da varie influenze, fecero di Roma il loro domicilio, ma rifiutarono di sottoporsi ad un patrono. Parte di essi si trovava sul luogo quando Roma fu fondata; altri erano volontariamente immigrati per ragion di commercio; parte era composta di rifugiati, profughi dalle sedi natie per qualche loro misfatto; molti erano condotti a cercare un nuovo rifugio pei duri fati della guerra che aveva distrutte le città loro onde si trovavano senza dêi senza terre e senza case; con l'andar del tempo a questi si erano aggiunti i discendenti dei clienti, i quali o s'eran potuti sciogliere da ogni vincolo verso i patroni o ne erano liberati per la estinzione della *gens* patronale.

Che fra questi disparati elementi fosse generale coesione

---

dei plebei nelle così dette *tribus rusticae* incluse poi nel nuovo perimetro di Roma. Le prove induttive di ciò son molte; anzitutto il fatto che Servio abbattè l'antiche mura e cinse la città del nuovo *agger* i ruderi del quale furono non è molto messi in luce; poi la classificazione *topografica* (*tribus*) e *timocratica* sostituita alla *gentilicia* a causa, evidentemente, di questo nuovo elemento del popolo, privo di *gentes* e di *auspicia;* — infine la organizzazione della *plebs* in proprii *concilia,* con istituzioni indipendenti, con magistrati e con leggi speciali. — Così si chiarisce la posizione strana dei plebei di fronte ai patrizi e la lotta fra quelli e questi assume il carattere che è rivelato non foss'altro dalle continue usurpazioni di potere per fatto dei plebei tanto nella elezione dei magistrati quanto nelle facoltà di legiferare, il carattere cioè di lotta politica per la partecipazione alla gestione della pubblica cosa].

prima dei tempi di Servio, la menoma ragione non induce a credere. Essi erano di varie razze, domiciliati in Roma per differenti ragioni, con usi in molte cose diversi. Così se Livio non erra nello asseverare, con tanta apparenza di sicurezza, che il culto di Ercole all'*ara maxima* era greco (11), si può inferirne che fra gli antichissimi rappresentanti di questa classe vi fossero alcuni di origine greca. La esistenza in epoca remotissima di un *vicus tuscus* nella valle a piedi del Palatino, testimonia della presenza di un contingente venuto dalla Etruria. Il grosso dei plebei, tuttavia, era formato indubbiamente di Latini, con tradizioni e usanze eguali, o quasi, a quelle del maggior numero delle case patrizie; e ciò, con il tempo, valse all'elemento latino la vittoria e la prevalenza di quel suo acuto criterio nel *jus quiritium*.

La storia attribuisce a Numa la distribuzione degli artigiani e carpentieri in sodalizi, otto o nove di numero [*collegia opificum* (12)]. In rapporto alle notizie di epoche più recenti sulle relazioni che sussistevano fra i membri dei collegi, questo provvedimento di Numa ha uno speciale interesse e significato; chè la creazione di associa-

---

(11) [Erra Livio in ciò, subendo l'influenza dell'ellenismo prevalente all'epoca sua. L'Ercole onorato all'ara massima dei Romani è un dio nazionale, italico, che molto tardi fu identificato con l'Heracles greco. Quest'ultimo fu noto in Roma soltanto dopo la conquista della Etruria e ne è fatta menzione la prima volta a proposito di un lectisternio offerto l'anno 335 u. c. a sei divinità greche di ordine dei libri sibillini di Cuma. Così ha dimostrato il BREAL (*Mélanges de Mythologie et de Linguistique* Paris 1878); infatti « basta mettere l'un l'altro a fianco i nomi di Ἡρακλῆς e d'*Hercules* per vedere che e' non sono affini. Il nome greco è composto, il latino è semplice e forse un diminutivo. La forma più antica, conservata da Cicerone (*Accad.* I 2, 34), pare sia stata *Herculus*, che si può ravvicinare a nomi antichi mitologici come *Romulus Faustulus Caeculus*... » (l. c. p. 49). Pertanto l'illustre filologo francese dalle indagini sue è tratto ad asserire con ogni apparenza di verità che (p. 45) « ... i monumenti il culto le cerimonie attestano la antichità ed il carattere nazionale del dio... » — Si vegga ancora quello che dell'Ercole greco dice RAOUL-ROCHETTE nelle *Mémoires de l'Inst. Royal de France* (1848) XVII 2 p. 9 e seg.]

(12) Plut. *Num.* 17 — Il MOMMSEN *De collegiis et sodaliciis romanorum* Kiliae 1843, tratta di favolosa questa notizia; ma nella sua storia la accetta modificandola in questo senso, — che i collegi devono essere stati organizzati nei più remoti anni della città.

zioni fra i plebei, in qualche modo, compensava la mancanza di organizzazione gentile. Queste associazioni non dovevano mutare la posizione politica dei plebei, ma arrecavano loro certamente, nella vita privata, quei vantaggi che in altro modo non avrebbero goduti; avevano cioè così un culto comune e forse un comune sepolcreto (13); un capo e proprii concilii nei quali trattare i loro affari, consolidare le usanze e comporre le liti fra i confratelli. Questo vincolo non derivava certo dall'origine (reale o imaginaria) da un comune antenato, ma da patto conchiuso di reciproca assistenza, poichè ognuno ha proprii doveri e può essere dall'altro chiamato a prestare il suo concorso per un pupillo per un ospite o per un parente (14). I contingenti latini che vennero ad ingrossare le file dei plebei sotto il regno degli immediati successori di Numa erano addetti ai lavori campestri anzi che al commercio, ma pare che essi siano stati trattati dai sovrani con la stessa indulgenza con cui prima furono accolti gli artigiani. Si badi che con ciò non si vuol dire che essi fossero in alcun modo collegati non sentendosi per essi, a differenza degli artigiani, tale bisogno che sarebbe stato anche politicamente inopportuno; ma che ottennero — e questo aveva per essi la maggior importanza — lotti di terreno da coltivare, e che fu organizzato in Roma un mercato settimanale sul quale poterono sfogare i loro prodotti. Le notizie sono contradditorie nè permettono di stabilire a quali condizioni godessero le terre; ma quali si fossero i loro originarii rapporti; siano le terre da essi occupate,

---

(13) [Della condizione giuridica di questi collegi parla a lungo il Cogliolo nelle sue note al Padelletti (*Storia del D. R.* p. 278 *y*)].

(14) Vedi in Mommsen *De collegiis* p. 3, varii passi riportati da Cicerone, i quali chiariscono i rapporti fra *sodales*. Albert Gérard nel suo *Étude sur les corporations ouvrières à Rome* Montbéliard 1884 p. 4, è di opinione che i collegi non siano creazione di Numa, ma riproduzione, fatta da codesto re in Roma, di istituzione ben nota altrove. Livio, parlando della rivolta della *plebe* di Ardea contro gli ottimati nel 311 u. c., dice (IV 9) che i plebei disertarono la città ed allora gli *opifices* risolsero di parteggiare per i fuorusciti sperando di aver occasioni a far bottino; codeste parole parrebbero alludere ad una organizzazione indipendente degli artigiani sì che questi formassero in certo modo una casta speciale.

derivate loro dalla liberalità del re e dello Stato; le abbiano essi acquistate per assegnazione o per vendita, è certo che dall'epoca di Servio in poi i plebei furono liberi coltivatori e furono dal re accolti in gran numero nelle sue *classi* sotto la qualifica di proprietarii per diritto quirizio. In vista di ciò alcuni scrittori considerano i plebei, anche prima della riforma di Servio, come semicittadini — *cives sine suffragio;* ma questo epiteto li pone in una condizione superiore, a quanto pare, a quello in cui si trovavano veramente. Benchè avessero il diritto di godere in proprietà le cose mobili e le immobili, di trasferirle con le forme quirizie, e di avere perciò la protezione dei tribunali, essi non soltanto non avevano parte nel governo della città, ma erano anche esclusi da ogni partecipazione alle cose religiose. Inoltre, non avendo essi gli *auspicia*, i matrimoni misti con le famiglie gentili rimasero fuori questione; anzi il più rigido dei patrizi (*Appius Claudius Caecus*) screditò le loro unioni come quelle che mancavano degli effetti del legittimo matrimonio perchè non *santificate* dalle cerimonie religiose alle quali l'alto ceto era avvezzo. I plebei non ebbero *gentes* durante i primi quattro secoli di Roma — cosa che li pose in isfavorevole condizione per le eredità e la tutela; ma vi sono alcune indicazioni dalle quali si può argomentare che sotto certi rispetti il cerchio dei prossimi parenti e dei congiunti per ragion di matrimonio occupò fra i plebei lo stesso posto che i gentili fra i patrizi.

CAPO SECONDO.

Fonti del diritto, privato e pubbliche.

§ 5.

Mancanza di un sistema giuridico.

Pomponio (*lib. Sing. Enchir.* in Dig., I 2, 2, 1-3), il quale era contemporaneo di Gaio, descrive così lo stato del diritto nella Roma regale:

§ 1. — *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa sine iure certo primum agere instituit, omniaque manu a regibus gubernabantur.*

§ 2. — *Postea aucta ad aliquem modum civitate ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea quod tunc rei publicae curam per sententias partium earum expediebat, et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges quae omnes conscriptae extant in libro Sexti Papirii qui fuit illis temporibus, quibus Superbus Demarati Corinthii filius ex principalibus viris. is liber, ut diximus, appellatur ius civile Papirianum, non quia Papirius de suo quicquam ibi adiecit sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.*

§ 3. — *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti, quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est.* Tale racconto degli inizii del diritto romano, che Giustiniano prepone alla parte principale del *corpus iuris,* è pieno zeppo di errori storici, ma è interessante come testimonio di quello che un giureconsulto dei tempi degli Antonini accettava per fatto e che Giustiniano, quasi quattrocento anni dopo, riteneva certo ed esatto. La sola parte di esso che possa ammettersi senza riserva, è l'asserzione che originalmente il diritto era ben lontano dal formare un sistema organico.

Si può ammettere anche il fatto della mancanza di molte condizioni ritenute poi necessarie dai giureconsulti filosofi al concetto di diritto. Non eravi un'unica autorità sovrana che lo fissasse; la sua natura non era sempre la medesima; tali sanzioni di esso si davano che la più recente giurisprudenza avrebbe rifiutate; e, in molti casi, la esecuzione della legge era rimessa alle cure dei privati piuttosto che alla autorità dello Stato. Però, sia sotto forma di *fas* o di *ius,* sia come precetto dei *boni mores,* esistevano molte regole le quali definivano i diritti degli uomini e prevenivano le possibili infrazioni di essi — regole in una parola d'ordine giuridico, pubblico e privato, dalle quali doveva svolgersi nel corso dei secoli la matura giurisprudenza del *corpus iuris civilis* (15).

§ 6.

Fas (16).

Benchè i frequentissimi riferimenti al *fas* come fonte giuridica diversa dal *ius,* provino la sua importanza quale fattore dell'antico diritto romano, è tuttavia difficilissimo definire la sua natura e i suoi limiti (17). Questi si possono però determinare per ciò che molta parte dei precetti originariamente compresi nel *fas* venne a poco a poco ad essere ratificata dai tribunali secolari e così ebbe sanzione dalla autorità umana, non più distinguendosi dal

---

(15) [Intorno alla natura del primitivo complesso di regole giuridiche si vegga COGLIOLO nei suoi *Saggi sopra la evoluzione del diritto privato* Torino 1885 p. 101 e seg. — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 100 *a; 105 l; 299 b.*]

(16) JHERING *Geist* I §§ 18 e 18 *a.* — VOIGT *XII Tafeln* I §§ 13 e 46 — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 119 *b*].

(17) [La significazione etimologica di *fas,* che ha diversa origine da *fari* parlare solennemente, parrebbe alludere allo stato primitivo del diritto quando le norme giuridiche sono *stabilite* con *sentenze* di pontefici o di re. *Fas* deriva infatti dal scr. *dha* — stabilire — onde il greco θέμις, e il nome di legge nelle altre lingue ariane. *Fatum* deriva invece dal scr. *bha* — parlare — che ha dato anche il greco φημί e φάσκω. Là dove *lex* (λέγειν dire) sarebbe la regola sancita oralmente da agenti secolari della autorità sovrana (*comitia?*).]

ius; l'altra parte, la quale aveva sanzione in pene pontificie cadute poi in desuetudine, passò nel campo ristretto dei *boni mores*.

Per *fas* si intendeva il volere degli dêi — le leggi date dal cielo agli uomini sulla terra [18]. Trattandosi di un popolo che credeva così profondamente come l'antico romano, che con gli dêi viveva e si moveva, che da essi ripeteva la origine sua, non si erra certo nell'attribuire la massima importanza a queste norme divine e nel credere che esse abbiano esercitato una influenza assai più grande delle regole semplicemente umane [19]; infatti, per quanto si può raccogliere dalle sparse notizie, quelle hanno avuto sempre più alto posto e più largo rango di queste [20]. Pochissimi di tali comandi, proibizioni o precetti sono indirizzati agli uomini come cittadini di uno stato speciale; tutto il genere umano è oggetto di essi. Così vietano che si imprenda una guerra senza le prescritte cerimonie dei feziali: in caso diverso non si ha un *purum piumque bellum*, ma un atto di violenza per parte degli invasori, che gli dêi loro non hanno sanzionato, contro gli altri che erano egualmente protetti dagli dêi. Essi richiedevano fosse serbata fede al nemico ogni qual volta una promessa solenne l'ha posto sotto la guarentigia del giuramento; — comandavano la ospitalità allo

---

(18) Isid. *Orig.* V 2: « *Fas lex divina, ius lex humana est* ». — Serv. *ad Georg.* I 269: « *Fas et iura sinunt i. e. divina humanaque iura permittunt; nam ad religionem fas, iura pertinent ad homines* ». Queste definizioni sono relativamente recenti e non rendono completamente la idea. Ausonio identifica *fas e themis:* « *Prima Deum Fas, quae Themis est Graecis* ». — Qualche volta il *fas* era personificato; così nelle *formulae* impiegate dai feziali (Liv. I 32). — Per tutto ciò si vegga M. Bréal *Sur l'origine des mots désignant le droit en latin* (Novelle Revue Histor. d. Dr. 1883 — VII 607 e seg.).

(19) [Come osserva il prof. Cogliolo (nelle note al Padelletti *Storia del D. R.* p. 105 l) questo sentimento è generale presso i popoli antichi: e però tutte le leggi primitive sono considerate opera divina, così le leggi del decalogo sono ispirate da Jehova, quelle di Creta da Giove, quelle di Zaleuco da Pallade, quelle di Numa dalla ninfa Egeria. — Su ciò si vegga il mirabile capitolo 14 (parte V) della sociologia di Herbert Spencer (versione francese di E. Cazelles, Paris 1883, III 686).]

(20) Il *fas* qualche volta permetteva ciò che il *ius* vietava: « *transire per alienum fas est, ius non est* » Isid. *Orig.* V 2, 2.

straniero, perchè lo straniero si presume, al pari del suo ospite, oggetto delle cure del più alto potere; — punivano l'assassinio, perchè tronca una vita data dagli dêi — vietavano la vendita della moglie, perchè ella è ormai divenuta partecipe delle cose umane e divine della famiglia; — punivano colui che avesse percosso i proprii genitori, perchè ciò lede il principale vincolo sociale e religioso, la reverenza dovuta dal figlio a quelli cui deve la vita; — punivano le unioni incestuose, perchè contaminano l'ara domestica (21); — punivano infine i falsi giuramenti ed i voti non compiuti, perchè sono un insulto alle divinità invocate. La rimozione di un termine o di una siepe era una offesa delle più gravi, non tanto perchè l'atto fosse una provocazione a contese, quanto e più perchè la pietra di confine per sè come garanzia del pacifico vicinato, era posta in modo speciale sotto la tutela degli dêi. Nessun *locus sacer* poteva essere in qualsivoglia modo frequentato senza violare il *fas;* e dal giorno in che i ministri della religione lo hanno dichiarato sacro diventa peccato per un magistrato esercitare su di esso quello dei rami della sua giurisdizione nel quale si richiede la pronuncia di una delle tre solenni parole di rito: *do dica addico* (22).

Più difficile assai è determinare il modo con il quale erano in pratica sanzionate queste regole del *fas.* La violazione di alcune di esse rendeva *impius* l'offensore; ma il peccato era qualchevolta espiabile e qualchevolta no. La espiazione si faceva con il mezzo di una offerta

---

(21) [Sull'incesto e sul carattere sacrale che ebbe in antico si vegga PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 125. — Cfr. Quintil. *I. O.* VII 8, 3 e seg.; Tacit. *Ann.* VI 19, XII 8. — Non è difficile determinare la ragione sociologica che fin da tempi remoti vietò l'incesto.]

(22) Questi brevi cenni non pretendono offrire una compiuta enumerazione di ciò che è compreso nel *fas;* perchè tale enumerazione è impossibile. — Cicerone parla della adozione di un più vecchio fatta da un più giovane come di cosa *contra naturam,* non solo, ma *contra fas.* — Paolo usa la stessa espressione parlando di colui che vende un uomo libero per trarre partito della sua schiavitù. — È dubbio, tuttavia, se essi intendano dir ciò veramente o non piuttosto che gli atti da essi condannati sono contrari al diritto di natura non scritto. Lo stesso dubbio sorge dall'impiego di codesta parola in altri passi de'più recenti scrittori.

alle deità offese (*piacularis hostia*), accompagnata forse dal risarcimento alle terze parti lese. Le conseguenze di una lesione inespiabile del *fas* variavano, a quel che pare secondo le circostanze. Così nel caso dello spergiuro; — questi ha solennemente invocata la collera degli dêi sopra di sè e sopra tutto quello che a lui appartiene se scientemente ha giurato il falso. Il pontefice doveva determinare se così stavano le cose o se l'offesa di lui era da attribuirsi soltanto alla sua imprudenza sì da essere espiabile. Se tale non era, come andavano le cose? I pontefici si accontentavano di codesta determinazione astenendosi da ogni formale sentenza e lasciavano che la parte ingiuriata si facesse strumento dell'ira divina con il punire per rappresaglia l'offensore (23)? Ovvero scomunicavano formalmente il peccatore dichiarandolo *sacer*, cioè votandolo agli dêi infernali in guisa che egli perdesse la propria condizione e capacità col divenire schiavo degli dêi che egli ha principalmente offesi. Questa era, se ne ha espressa menzione, la pena di qualcuna delle infrazioni surriferite, — vendita della moglie, percosse ai genitori, rimozione dei termini, ecc. — L'*homo sacer* era in tutta la estensione della parola un bandito, — tale che ognuno doveva fuggire per non esserne contaminato; che non poteva prendere parte alcuna alle funzioni dello Stato, civili e religiose; che gli dêi non avrebbero accettato se egli avesse voluto far loro sacrifizio della propria vita; che infine ciascuno poteva uccidere impunemente più non essendo protetto dagli dêi (24). Questi precetti del *fas*, quindi, non erano semplici esortazioni a condur buona vita ma erano strettamente analoghi ai precetti giuridici e le loro violazioni erano represse con pene non meno efficaci per essere religiose anzichè civili.

---

(23) Questa è l'opinione di DANZ *Sacrale Schutz* p. 47 e seg. — Egli dà grande importanza alle parole di Livio (V 11): « *Numquam deos ipsos admovere nocentibus manus; satis esse si occasione ulciscendi laesos arment* ».

(24) Fest. v. *sacer* p. 318 M.

§ 7.

Ius (25).

Non v'è parola nel vocabolario del diritto romano che abbia più significati di *ius:* — « legge » come regola di azione (*norma agendi*); — « diritto » come facoltà conferita dalle norme regolatrici (*facultas agendi*); — « diritto » come opposto di « dovere »; — « legge rigorosa » in opposizione ad « equità »; — « giustizia » nella frase *ius reddere,* dispensare giustizia; — « il luogo dove si rende giustizia » nella frase *in ius vocatio* e simili (26).

È a dubitare che il primo di codesti significati non sia il fondamentale della parola. Certo, come altri ben disse, se si potesse determinare il vero significato del nome *ius,* si avrebbe in esso l'incosciente definizione di quello che i Romani intendevano per diritto (27). La forma antica della parola era *ious;* Ennio dice che essa fu ritenuta affine al nome di Giove (28), ed alcuni moderni scrittori sostengono la stessa ipotesi (29). I recenti filologi derivano codesta parola dal sanscrito *ju,* congiungere legare unire, e da ciò argomentano, alcuni che essa significasse « quello che lega » « il vincolo della società », altri « quello che è regolare ordinato conveniente » (30). L'ultimo ricercatore — M. Bréal — la identifica con il *jos jaos* o *jaus* dei Veda e con il *jaes* dello Zend-Avesta; di queste parole è controversa la esatta significazione ma sono comunemente spiegate « volere divino » (31). *Jubeo* si ritiene dai più essere contrazione di *ius hibeo,* mantenere o prendere come

---

(25) [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 299 t. — Glück-Ferrini *Commento alle Pandette* Milano 1886, I 2 e seg.]

(26) Vedi Dig. I 1, 11 e 12.

(27) Clark *Pract. Iurisprud.* p. 14.

(28) Apuleius *De deo Socratis*, 5.

(29) E. g. Lasaulx *Ueber den Eid bei den Römern* Würzburg 1844 p. 9. — Huschke *Das alte Römische Jahr* Breslau 1869 p. 214.

(30) Vedi i passi citati in Clark *Pract. Iurisprud.* p. 16 e seg. — Egli accetta l'ultima di codeste definizioni.

(31) Bréal *l. c.* (nota 17) p. 606.

ius. Ora, accettando la definizione del Bréal, si avrebbe una interpretazione molto chiara, ad esempio, delle parole indirizzate dal magistrato che presiede i *comitia* ai convenuti per chiedere il loro assenso alle leggi da lui proposte: VELITIS IUBEATIS QUIRITES.... « Vi piaccia, o Quiriti, confermare la divina volontà la quale.... ». Se si osservi che la legislazione comiziale delle curie e delle centurie era considerata come ufficio divino e che il voto loro poteva essere annullato dai padri per la mancanza degli *auspicia*, in conseguenza della quale non era chiaramente accertata la volontà degli dêi, questa interpretazione del Bréal sembra non priva di fondamento, *vox populi vox dei*. Pertanto la sola differenza tra *fas* e *ius* si chiarisce esser questa, che la volontà degli dêi espressa da codeste due parole era nell'un caso dichiarata dai pontefici e nell'altro dagli agenti secolari.

Questo *ius* può risultare dal tradizionale ed inveterato costume (*ius moribus constitutum*) o dallo statuto, *lex* (32). Non vi sono provvedimenti legislativi che abbiano creato istituzioni giuridiche quali, ad esempio, la *patria potestas* od abbiano fissate le regole della successione *causa mortis*. Può, è vero, una legge intervenire a regolare alcuni dettagli delle istituzioni vigenti; ma queste avevano avuto vita e consistenza prima che Roma sorgesse (33). È a credere quindi che in origine le *consuetudini* osservate fos-

---

(32) È controversa la etimologia della parola *lex*. Essa era usata dai giuristi con due distinti significati: — 1) come provvedimento legislativo sancito dai comizi (Gai. I, 3) e quindi detto *lex publica* (Gai. II 104; III 174); — 2) come obbligazione, restrizione, condizione espressamente aggiunta ad atti privati (*lex privata*), onde le frasi *lex mancipii*, *lex contractus*, *lex testamenti*, ecc. La sua più probabile derivazione è da λέγειν, parlare o dire. La *lex publica* era originalmente proposta ai comizi e da essi votata oralmente; e le XII tavole, determinando gli effetti obbligatori di una *lex privata* quando si aggiunge ad un atto per *aes et libram*, usano relativamente ad essa *lex* la frase *uti lingua nuncupassit* (Fest. v. *nuncupata* p. 173 M). — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 102 *d.*]

(33) [Grazie alle recenti indagini filologiche non è difficile determinare l'origine ariana di buon numero degli istituti giuridici romani; anzi col MULLER (*Selected Essays on Mithology and Language* London 1881) e col MOMMSEN (nel primo capitolo della sua celebre *Storia di Roma*), si può seguire gli Ariani prima, quindi i Greco-Italici, poi gli Italici nello sviluppo delle isti-

sero ben lontane dalla uniformità, — che non solo gli usi delle diverse razze ma anche quelli delle varie *gentes* differissero per qualche rispetto, man mano avvicinandosi e in processo di tempo consolidandosi nel comprensivo *ius quiritium* (34). Che nel suo fondamento e nella massima parte il diritto fosse consuetudinario è universalmente ammesso; ma Pomponio parla di alcune leggi, votate dai comizii curiati, le quali egli chiama *leges regiae.* I migliori autori ritengono che Pomponio abbia errato nell'attribuire all'opera dei comizii le così dette leggi regie (35); perchè gli antichi scrittori sono concordi nell'asserire che i comizii ebbero una parte minima nell'opera legislativa; Romolo *iura dedit* ai suoi seguaci, non *iura tulit.* Come il Bernhöft osserva non una parola delle fonti permette di credere che il popolo abbia sanzionato la unione fra i prisci Romani ed i Sabini, od abbia cooperato con Numa all'ordinamento del culto, con Tullo Ostilio all'ammissione delle *gentes* albane nel patriziato ed alla riorganizzazione dell'esercito, con Anco Marco alla formulazione del diritto

---

tuzioni loro giuridiche e politiche. Si veggano in proposito il PICTET, il FREEMAN, il FUSTEL DE COULANGES ed altri, che più o meno direttamente hanno inteso a questo scopo.]

(34) Con ciò non furono di necessità abolite le consuetudini speciali. Così il diritto comune conferiva espressamente al padre facoltà di abbandonare la prole là dove la *gens Fabia* prescriveva severamente ai proprii membri di allevare tutti i loro figli (Dion. IX 22). « Non vi può essere comunità senza norme, senza diritto in lato senso, sia essa una famiglia, un clan od uno Stato; ma anche quando lo Stato si è allargato, il diritto comune formulato non sopraffà necessariamente le norme particolari alle piccole comunità ». BEKKER nella *Z. f. vergleich. R. W.* I 109.

(35) Il più recente e comprensivo trattato intorno a le così dette leggi regie è quello del VOIGT *Ueber die leges Regiae* Leipzig 1876 e 1877 (estratto dagli Atti della Accademia sassone), nel quale è anche una accurata bibliografia delle opere più antiche su lo stesso soggetto. Una raccolta di esse leggi, fatta su Livio, Dionisio, Plutarco, Servio, Macrobio, ecc., si trova in BRUNS *Fontes* p. 1 e seg. — Del *ius papirianum* ricordato da Pomponio non avanza alcun frammento; ma Paolo, in Dig. I 16, 144, avverte incidentalmente che esso fu commentato da un certo Granio Flacco che visse al tempo di Giulio Cesare. — Le leggi di Romolo pubblicate dal Marliani nella sua *Topographia urbis Romae* II 8 (Graevius *Thesaur.* III 86) sono da tutti considerate apocrife [Per tutto ciò veggasi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 100 *b* e seg.].

feziale, con Tarquinio all'aumento del senato, e con Servio Tullio alla creazione delle centurie. Così se Tarquinio abbandonò l'idea di raddoppiare la forza numerica di ciascuna delle centurie equestri fu soltanto perchè esse erano state ordinate da Romolo *auspicatim* ed il nuovo progetto urtava contro i divini provvedimenti; Tarquinio vinse la difficoltà raddoppiando il numero delle centurie stesse. — Il re consultava i *comitia* nelle cose di minore importanza, di natura quasi privata quali i testamenti le arrogazioni od altri simili atti ai quali si dava sanzione considerandoli, forse, come materia di ordine interno, di polizia [36]. Il Mommsen è vicino al vero, probabilmente, quando parla delle *leges regiae* come di regole generali del *fas* le quali offrono interesse non solo pei pontefici ma anche e più pel popolo a cui quindi importa che siano note perchè egli possa evitare le pene comminate delle infrazioni loro [37]. Invece di restare celate nei libri pontificali, a fianco delle norme rituali più particolari e segrete, esse furono pubblicate in una forma che non è dato di determinare perchè se esse tolgano nome dai re ovvero dai pontefici sotto la regia tutela, è materia soltanto di ipotesi. Da ciò però non si deve arguire che non vi fosse atto legislativo oltre a codesti; alcune delle leggi delle quali è giunta a noi menzione hanno carattere assai diverso. Ma in genere sembra fuori di dubbio che fonte principale del *ius* nel periodo regio fosse, a preferenza di speciali provvedimenti, la consuetudine.

§ 8.

Boni mores.

Come di cosa in qualche parte diversa dal *ius moribus constitutum* è qui d'uopo far menzione dei *boni mores*,

---

(36) BERNHÖFT *l. c.* p. 116 e seg. — Vedi anche KARLOWA *Röm. Rechtsg.* I 52.

(37) MOMMSEN *Röm. Staatsr.* II 1 41. — Il CLARK (*Pract. Iurisprud.* p. 284) crede che i pontefici « come depositari di quelle primitive consuetudini le quali formarono il primo diritto romano » abbiano messo « in forma di regole generali quelle applicazioni della consuetudine comune le quali richiedevano spiegazioni o sanzioni penali ».

che pure regolano l'ordine pubblico e privato (38). Parte di quello che cade nella loro sfera può anche essere regolato dal *fas* o dall'*ius;* ma in essi è molto ancora che fu gradatamente incluso nel dominio di quest'ultimo, sicchè verso la fine della repubblica restava sotto la tutela del tribunale di famiglia o del censore soltanto il *regimen morum.* La funzione loro era duplice — talvolta dovevano i *boni mores* mitigare le leggi col punire (non potendo prevenire) l'inumano e non necessario esercizio di legittimi diritti, come ad esempio quello del capo di casa sui proprii dipendenti; — talvolta di supplirle, richiedendo la osservanza di doveri i quali mancassero di giuridica coazione. Il servizio convenuto, il rispetto e l'ubbidienza (*obsequium et reverentia*) ai superiori, la castità (*pudicitia*), la fedeltà agli impegni assunti espressamente o implicitamente (*fides*), erano fra gli *officia* che dovevano in tal guisa essere inculcati; l'ommissione o la violazione di essi non soltanto diminuiva la buona riputazione del colpevole, ma portava con sè ancora pene e incapacità sociali, politiche e religiose (39). Per crescere rispetto a tali virtù e fare agli uomini obbligo religioso della loro osservanza, alcune di esse furono deificate ed ebbero tempio e culto; la *fides* fu una di queste (40). Nessuno dei minori *numina* fu dagli antichi Romani onorato di maggior riverenza; nella privata e nella pubblica vita era sacro un impegno assunto sotto gli auspicii di lei (41);

(38) Vedi VOIGT *XII Tafeln* I 15.

(39) I continui accenni nelle pagine degli scrittori giuridici alla *infamia, ignominia, turpitudo, improbitas,* ecc., come causa di disistima mostrano quanta importanza si sia continuato a dare, teoricamente almeno, alla integrità del carattere. Così nel diritto giustinianeo si trova che la ingratitudine è ritenuta atta a giustificare il donatore della revoca della donazione, il patrono dell'aver ridotto nuovamente in schiavitù il suo liberto, il padre dell'aver diseredato suo figlio, ed i tribunali dell'aver rifiutato ad un erede la facoltà di adire una eredità lasciatagli per testamento.

(40) [Sulla *Fides* vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D.R.* p. 549 *a* e 561 *a.* — Sul culto della *Fides* e di Ercole protettore dei giuramenti (*Semo Sancus Deus Fidius*) vedi il mirabile studio — Ercole e Caco — di MICH. BRÉAL nelle citate sue *Mélanges de Mythologie* (vedi n. 11) e VISCONTI negli *Studii e documenti di storia e diritto* (1881).]

(41) « *Populus romanus... omnium (virtutum) maxime et praecipue Fidem*

le fonti dicono infatti che le violazioni della *fides* erano, al possibile, estremamente rare. Se alcuno veniva meno a tale promessa il *ius* non aveva pene per lui là dove colpiva colui che avesse contratto un'obbligazione *per aes et libram* o per mezzo di *sponsio* formale; ma in questo ultimo caso l'azione aveva base nel *nexum* o nella *sponsio* da cui era rivestito l'impegno, non mai nell'impegno stesso. « Fu fatto un patto ma non fu eseguita la convenzione »; era una questione della quale l'ordinario tribunale civile non conosceva; che essa poi fosse stata sempre di competenza dei pontefici, quale offesa alla *fides,* non appare; certamente come contravvenzione ai *boni mores,* essa fu rimessa anche a quelli che esercitavano il *regimen morum,* cioè al re sui cittadini in genere, alle *gentes* sui loro membri, e forse ai *collegia opificum* sui *sodales.*

---

coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice ». Gell. *n. a.* XX 1, 39. — « *Fides i. e. dictorum conventorumque constantia et veritas* ». Cic. *De off.* I 7, 23. — Vedi anche *De off.* III 31, 11. Intorno al culto della *fides* istituito da Numa vedi Liv. I 4; Dion. II 75.

CAPO TERZO.

Instituzioni di diritto privato.

§ 9.

Organizzazione famigliare (42).

Parlando dell'organizzazione domestica dei Romani, sarebbe da pedanti l'usar sempre la parola latina *familia* invece della italiana « famiglia » (43). Pure vi sarebbe una ragione per ciò fare: chè le idee che esse rispettivamente esprimono non sono le stesse. Marito moglie e figli non costituiscono necessariamente una famiglia indipendente fra i Romani, nè appartengono necessariamente ad una stessa famiglia. Quelle persone formavano una famiglia, le quali erano sottomesse al diritto o potere (originalmente *manus* (44), ma più tardi *ius*) dello stesso capo famiglia (*paterfamilias*). Questi poteva avere una intera legione sotto di sè, moglie figli figlie nuore e nipotini (figli del figlio) ed eventualmente altri più remoti discendenti dei maschi *in potestate;* per quanto essi ri-

---

(42) Vedi SCHUPFER *La famiglia secondo il diritto romano* Padova 1876 [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 159 e seg.].

(43) *Familia* e « famiglia » sono usate in questo paragrafo soltanto per designare i gruppi di persone soggetti allo stesso *paterfamilias*. Codeste parole possono anche significare: — 1) una *gens* o gruppo di famiglie nel più stretto senso della parola: — 2) il patrimonio della famiglia come nelle disposizioni delle XII tavole intorno alle successioni, *adgnatus proximus familiam habeto.* — 3) la famiglia degli schiavi collettivamente, come nelle frasi *familia urbana, familia rustica.*

(44) Questa parola *manus*, benchè più tardi fosse usata principalmente ad esprimere il potere che un marito ha sulla moglie, era in origine il nome generale di tutti i diritti esercitati tanto sulle cose quanto sulle persone soggette al capo famiglia; — infatti dicevasi di uno schiavo, quando lo si era affrancato, che egli era « manomesso » e la stessa frase usavasi ancora per designare la condizione di un *filiusfamilias* sciolto dalla *potestas,* benchè fosse di uso più generale la parola « emancipato ». [Questi concetti sono ampiamente svolti dal prof. COGLIOLO nelle sue note al Padelletti *Storia del D. R.* p. 163 *c;* 175 *d;* 221 *h*].

mangono a lui soggetti per tanto costituiscono una sola famiglia, e questa non è spezzata che dalla morte naturale del capo famiglia o dal fatto che egli perdè la cittadinanza. Ma se la moglie non era passata *in manum* (ciò avveniva generalmente durante la repubblica e divenne la regola sotto l'impero) ella non entrava a far parte della famiglia del marito, ma rimaneva in quella ove era nata, o, se il capo di questa era morto od ella era stata emancipata, formava una famiglia da sè.

Così i figli e le figlie, per l'emancipazione più non erano compresi nella famiglia del *paterfamilias* che li aveva emancipati. I figli di una figlia non possono mai per nessuna circostanza essere membri della famiglia del loro nonno materno, perchè i nati di legittimo matrimonio seguono la famiglia del loro padre, i figli illegittimi sono considerati *patresfamilias* e *matresfamilias* dal momento della nascita. È evidente, adunque, che la *familia* romana era una associazione della quale la parola « famiglia », nel suo volgare significato, dà un'idea imperfetta e non esatta.

Per gli antichi Romani, come per gli Indi e pei Greci, il matrimonio era un dovere religioso (45), un dovere verso i proprii antenati e verso sè stessi. Credendo codesti popoli che la felicità del morto dipenda nell'altro mondo da una conveniente sepoltura e dal rinnovamento periodico, opera dei discendenti, di preghiere banchetti e offerte pel riposo dell'anima di lui, era obbligatorio per essi sopra tutte cose perpetuare la propria razza ed il culto della famiglia (46). Il romano nel prender moglie toglie questa alla casa del padre di lei e la fa partecipe dei misteri della propria famiglia. Il patrizio poteva far ciò soltanto con l'approvazione divina, accertata per mezzo degli *au-*

---

(45) Vedi FUSTEL DE COULANGES *La cité antique* p. 41. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 166 *o*].

(46) « *Sacra privata perpetua manento. Deorum manium iura sancta sunto. Sos* (suos) *leto datos divos habento* ». Cic. *de leg.* II 9, 22. — « *Animas placare paternas* » Ovid. *Fast.* II 583. — Vedi anche in quello schema ciceroniano di codice: Cic. *de leg.* II 22, 55. — August. *De Civ. Dei* VIII 26. — [Sui *sacra* vedi le osservazioni del COGLIOLO (note al PADELLETTI *Storia del D. R.* p. 196 *n*) e la letteratura da lui citata].

spicia; e la sua scelta era limitata a quelle donne con le quali egli aveva *conubium* (ἐπιγαμία) o diritto di contrar matrimonio (47). Questa era materia di ordine pubblico; — nel periodo regio i cittadini romani potevano avere diritto di connubio, oltre che coi proprii concittadini, soltanto con i membri degli Stati alleati purchè questi avessero anche il vincolo di eguali credenze e riti religiosi (48). Un patrizio, quindi, perchè il suo matrimonio fosse riconosciuto legittimo (*iustae nuptiae*) doveva sposare una concittadina patrizia od una donna che appartenesse ad uno Stato alleato. Era poi essenziale che la moglie non fosse entro al cerchio dei sobrini del marito, cioè ai parenti di lui fino al settimo grado (49); i cugini in seconda linea, quindi, essendo congiunti in sesto

(47) Fu la mancanza di *conubium* fra gli antichi sudditi di Romolo e gli abitanti delle vicine città e villaggi che, secondo la tradizione (Liv. I 9), dette cagione al ratto delle Sabine. Romolo, si vuole, chiese anzitutto il diritto di condurre in moglie donne dei popoli circostanti; ma la sua domanda fu respinta e fu consigliato ad aprire un asilo per le donne come aveva fatto per gli uomini, essendo questo l'unico mezzo di trovare degne compagne ai seguaci suoi; allora soltanto essi ricorsero a quel violento spediente per scegliersi una donna e sposarla.

(48) [Veggasi su ciò PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 79 *p.* — È incerto se fosse un *requisito* vero quello della eguaglianza di culto e di credenze; perchè la grande affinità dei popoli circostanti a Roma, non poteva offrire molte diversità nei riti religiosi e perchè la donna cedendo *in manum mariti* acquistava i *sacra* il culto dei lari e dei penati della famiglia in cui entrava. È verosimile inoltre che a quest'epoca non fosse ancora costituita una religione pubblica e ufficiale e quindi la donna non fosse tenuta a speciali pratiche religiose oltre a quelle del culto domestico; tanto più che ai sacrifizi fatti all'*ara maxima,* i più antichi e pubblici, le donne non potevano partecipare].

(49) Secondo l'antica fraseologia non vi può essere matrimonio fra le persone tra le quali evvi il *ius osculi.* Su questa vecchia istituzione (diritto del bacio) vedi KLENZE *Das familienrecht der Cognaten und affinen nach Röm. u. verwandten Rechten* Berlin 1828, p. 16 e seg. [Sull'*ius osculi* vedi Polyb. VI 2 ap. Athen. X 11; Cic. *de Rep.* IV 6 6; Gell. X 23, 1; Fest. s. v. p. 197 M. — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 191 *a.* — Non si confonda questo *ius osculi* con l'*osculum interveniens* che secondo il prof. COGLIOLO (nota *q* alla pagina 489 della citata *Storia* del Padelletti) era un rito famigliare proprio del fidanzamento, un modo solenne di attestare innanzi ai parenti l'impegno reciproco degli sposi. Son noti gli effetti di esso, nel diritto anche recente, sulla restituzione dei donativi in caso di

grado, secondo il computo romano, non possono contrar matrimonio fra di essi (50).

La cerimonia del matrimonio era prettamente religiosa, fatta dai sacerdoti principali dello Stato, in presenza di dieci testimonii, i quali stavano probabilmente a rappresentare le dieci curie della tribù dello sposo; tale cerimonia dicevasi *confarreatio* (51). Può affermarsi con assoluta certezza che fin dopo la legge canuleia del 309 u. c., la quale legalizzò i matrimonii con i plebei, nessun patrizio avrebbe condisceso ad usare una men sacra forma per stringere il vincolo del matrimonio. Effetto di essa *confarreatio* era che la moglie veniva staccata completamente dalla casa del padre, ed entrava a far parte di quella del marito, perchè codesta forma di matrimonio

---

scioglimento degli sponsali. — Per la evoluzione storica di questo rito si veda l'erudito opuscolo del prof. GIOV. TAMASSIA *Osculum interveniens* Torino 1885].

(50) In progresso di tempo questo rigore diminuì e i matrimoni anche tra primi cugini furono permessi: Iust. *Inst.* I 10, 4.

(51) Gai. I 112. — Vedi: ROSSBACH *Die Römische Ehe* Stuttgart 1853, p. 95 e seg. — KARLOWA *Die Formen d. Röm. Ehe und Manus* Bonn. 1868 p. 5 [Sulla *confarreatio* si veggano: Ulp. IX 1. — Plin. *n. h.* XVIII 3. — Serv. *ad Georg.* I 31; *ad Aen.* IV 104 e 374. — Paul. Diac. 88, 9. — Nel sistema dell'A., che dà molto peso al dualismo politico dello Stato romano pel concorso antagonistico di patrizi e plebei, la *confarreatio* è forma patrizia, la *coemptio* forma plebea; ma ciò è molto controverso. Nel sistema del Cogliolo il quale ravvisa nella *mancipatio* una forma pubblica generale per rivestire di qualità giuridica qualsiasi rapporto di fatto, la *coemptio* è la *mancipatio* applicata al matrimonio e differenziatasi nel nome perchè l'istituto era evidentemente *sui generis* come il mutuo (pel quale s'introdusse il nome di *nexum*). Come tale essa dovette esistere fin da quando lo Stato fu organizzato ed intervenne a regolare i rapporti dei cittadini, e dovette servire tanto ai plebei quanto ai patrizi allorchè quelli ebbero qualità di *cives*. Ragioni sociologiche, le quali mostrano come alla *cattura* (ratto delle Sabine) succeda la *compera* (*coemptio*) confortano questa ipotesi (vedi in ciò le contrarie idee dell'A. nella nota 161). — La *confarreatio* rimarrebbe quindi una forma isolata, o meglio un rito sacro, un matrimonio religioso con piena efficacia giuridica coesistente a fianco del matrimonio civile; — certo essa fu un antichissimo istituto latino, come lo dimostrano le cerimonie in essa compiute proprie di popolo agricolo e primitivo e le iscrizioni citate dal Cogliolo. — Forse si collegava in origine alla *coemptio* come la *deductio in domum* e gli altri riti dell'uso si collegavano a tutte le forme di matrimonio. Vedi su ciò PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 165 *g.*].

portava con sè la cosidetta *in manum conventio*, il passaggio della moglie nella *manus* o potere del marito (ciò nell'ipotesi che il marito sia a un tempo *paterfamilias*; in caso diverso la donna era nominalmente nella mano di lui, ma realmente era sottomessa, al pari del marito, al capo famiglia). Ogni proprietà di lei (era possibile che la donna avesse beni suoi propri soltanto se prima del matrimonio ella era indipendente) passava al marito come accessione; se ella non aveva beni, il *paterfamilias* di lei doveva darle la dote (*dos*) la quale seguiva la stessa sorte giuridica. Tuttochè ancora ella acquistava con propria industria o altrimenti durante il matrimonio, parimenti per accessione, cadeva in proprietà del marito. In fatto, per quanto riguarda i rapporti matrimoniali, ella era nella stessa condizione dei suoi figli; e pertanto alla morte dal marito (secondo Gaio) ella aveva una parte dell'eredità di lui, come se fosse stata una delle sue figlie. Per altri rispetti la *manus* dava diritti più limitati della *patria potestas*; Romolo, si dice, ordinò che se alcuno ripudiava la moglie, a meno che per adulterio o per una delle due o tre altre gravissime offese, perdesse i proprii beni, e fossero dati questi metà alla donna e metà a Cerere (52). Ordinò ancora che fosse consacrato agli dêi infernali il marito che vende la moglie (53).

---

(52) Non è chiaro come si provvedesse in tal caso ai figli [Come in Liv. II 33, la pena della *sacratio capitis bonorumque* era comminata di regola così: « *Iovi consecratum esset caput bonaque eius ad aedem Cereris venum irent* ». Da questo passo argomento che i beni del colpevole dovessero essere venduti all'asta perchè, mancando egli di *caput*, non può avere cosa alcuna in proprietà quiritaria. — Quando però eravi la sola *sacratio bonorum* può dirsi che questa fosse una vera espropriazione forzata con relativa auzione? — Festo dice (s. v. *sacer mons*) che a porre alcuno in istato di sacertà occorre un giudizio del popolo e verosimilmente questo era richiesto anche nel caso di *sacratio bonorum*; ond'è lecito arguire che i *gentiles* del marito colpevole o i comizi, secondo che a quelli o a questi spettava la esecuzione delle *leges regiae*, disponessero caso per caso dell'impiego del denaro ricavato dalla vendita dei beni *ad aedem Cereris* e provvedessero ai figli, devolvendo forse prima della morte naturale del colpevole la sua *familia pecuniaque* agli eredi legittimi di lui].

(53) Plut. *Rom.* 22. — A proposito dell'antico diritto relativamente al divorzio vedi Von Waechter *Ueber Ehescheidungen bei dem Römern* Stuttgart 1822 p. 1 e seg. — Berner *De divortiis apud Romanos* Berolini 1842

Patria potestas è il nome dato al potere esercitato dal padre, o dal suo *paterfamilias* se egli è ancora in *potestate*, su i nati di tali *justae nuptiae*. I giureconsulti romani vantavano questo diritto come proprio dei cittadini romani (54), non essendo rigorosamente esatti, perchè sotto il primo impero i municipii spagnuoli ed alcune altre provincie occidentali, quantunque la loro borghesia non avesse cittadinanza romana, avevano *manus* e *patria potestas* modellate su gli istituti di Roma (55). Ma certamente era speciale ai Romani in questo senso, che in niun altro luogo, come fra i Latini dai quali essi l'avevano derivata, potè il potere del padre attingere a tanta assolutezza. — Pare che in origine fosse dato al padre, o al suo *paterfamilias* se egli era ancora nella domestica soggezione, diritto di decidere, non a suo arbitrio di certo ma giudiziariamente, se o no dovesse allevare il figlio che la moglie gli presentava. Ma questo suo diritto era fin da antichissimo tempo limitato; Romolo infatti, secondo la tradizione, avrebbe ordinato:

---

p. 1 e seg.; — SCHLESINGER Zeitschr. f. Rechtsg. VIII 1867 p. 58 e seg. [Ammesso che nel periodo regio il matrimonio avvenisse soltanto per *confarreatio* e per *coemptio* a ciò possa essere considerato come *iustae nuptiae*, il divorzio richiedeva un *contrarius actus* cioè la *diffareatio* (Paul. Diac. *excerp. Fest.* v. *diffareatio;* Plut., *Quaest. Rom.* 50) e la *remancipatio* (Gai. I 137 e 175; Fest. s. v. *remancip.* p. 277 M.) secondo la forma che aveva dato origine alla *manus* del marito (vedi n. 247 e 248). La *diffareatio* era forma sacra o come dice Paul. Diac. l. c. « *genus erat sacrificii* »; ciò fa supporre che si trattasse di una *espiazione* religiosa perchè il motivo che aveva dato origine al divorzio cadeva entro i limiti del *fas* dovendo essere secondo la legge Romulea, una colpa della moglie; infatti dice Verrio in Fest. s. v. *repudium* (p. 281 M.) che questa parola significa: « *quod fit ob rem pudendam* » (Plut. *Rom.* 22; Dion. II 25; Cic. *Phil.* II 22; Val. Max. II 9 2). Per maggiori particolari si vegga PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 168 *t.* — Il Padelletti (*op. cit.* p. 170) distingue il divorzio o (?) *repudium* dalla risoluzione della *manus* maritale perchè Cic. *De Or.* I 40, 183, dice: « *certis quibusdam verbis . . . fieri . . . divortium* ». Si confronti anche Plut. *Quaest. Rom.* 102; Tertull. *De Exort. cast.* 13; *De monog.* 13 e 17; Liv. X 23; Serv. *ad Aen.* IV 19.]

(54) « *Ius proprium civium Romanorum* ». Gai. I 55. — Gai. I 189. — Iust. *Inst.* I 9. — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* cap. XIV e note relative.]

(55) *Lex Salpensana* (dei tempi di Domiziano), cap. 22 [GADDI *Cronologia delle leggi Comiziali Romane.* La legge è posta tra l'a. 835 e l'a. 837 di Roma].

α) che egli dovesse educare tutti i nati maschi ed almeno la sua figlia primogenita; β) che egli non potesse fare uccidere alcun figlio prima che questi avesse raggiunto il terzo anno di sua età, a meno di grave deformità, nel qual caso dovesse esporlo una volta dopo averlo mostrato ai suoi vicini; e γ) che in caso di trasgressione di queste disposizioni, egli perdesse la metà del suo patrimonio, e fosse soggetto ad altre pene non ricordate e probabilmente religiose (56). Ma non per questo rimaneva meno integro a lui il diritto di determinare se il neonato, del quale fu così assicurata la vita, dovesse diventare membro della sua famiglia (*liberi susceptio*) con tutti i privilegi sociali e religiosi; per quanto risulta, nel primo impero soltanto il padre fu privato del potere di risolvere da per sè la quistione della legittimità del figlio (57).

La pratica onnipotenza del *pater familias* e la condizione di assoluta soggezione a lui dei figli *in potestate*, fu grandemente modificata col volgere dei secoli; ma originalmente questi, benchè nella vita pubblica fossero eguali al padre, nella vita privata finchè la *potestas* durava erano subordinati a lui in guisa tale, secondo la lettera della legge, da essere nelle sue mani nella stessa condizione de' suoi schiavi. Essi non potevano avere cosa alcuna in proprietà e tuttochè acquistavano passava al padre; e benchè si usasse generalmente dar loro, quando essi s'eran fatti grandi, *peculia* « gregge in proprietà » da governare per loro vantaggio, questo apparteneva soltanto *de facto* ai figli e *de iure* al padre (58). Per le offese fatte da essi fuori del cerchio della famiglia, offese delle quali il padre non si sentisse di fare ammenda, i figli potevano essere abbandonati alla parte lesa appunto come schiavi o animali che avessero cagionato danni (59). Se il padre vedeva disconosciuto il proprio diritto dai terzi,

(56) Dion. Alic. II 26 e 27.

(57) Vedi Voigt *Leges regiae* Leipzig 1876 e 77 p. 24 in nota.

(58) [Intorno al *peculium* veggasi Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 174 *c* e 180 *n* (*peculium* della moglie); 187 *i*.]

(59) [Sulla *noxae datio*, si vegga il Padelletti-Cogliolo *op. cit.* p. 183 *d*; e 283 *b*, ove è citata la bibliografia relativa ed illustrato l'antico proverbio *noxa caput sequitur*.]

usava per rivendicare i figli della stessa azione che egli intentava per riavere la proprietà del suo campo o della casa (60); se essi erano stati rubati egli procedeva contro il ladro con una ordinaria azione di furto; se per qualsivoglia ragione intendeva trasmettere i figli a terze persone doveva ricorrere alla stessa forma di trasferimento (*of conveyance*) che a lui serviva per le cose inanimate. Nè qui era tutto; secondo l'antica formula pronunziata in quella speciale adozione che dicevasi adrogazione (61) il padre aveva sui figli diritto di vita e di morte, *ius vitae necisque*. Questo potere, come si è detto, era soggetto a certe restrizioni durante la infanzia (62) del fanciullo; ma quando questo era cresciuto negli anni, il padre poteva, esercitando la domestica giurisdizione, controllare la cattiva condotta del figlio nella privata e nella pubblica vita, e punirlo, come credeva più conveniente, di bando di schiavitù o di morte (63).

Poteva accadere che un matrimonio non desse frutti o che il padre vedesse tutti i suoi figli morire prima di lui, in guisa da dover scorgere imminente la estinzione della propria famiglia e da scendere egli stesso alla tomba senza posterità che lui morto benedica e onori. Ad ovviare così grave sfortuna gli si offrivano due mezzi: — o dar sè stesso in adozione passando in un'altra famiglia

(60) [Il Cogliolo spiega questo fatto coordinandolo al sistema sociologico del diritto romano, si consultino i suoi *Saggi sulla evoluzione del diritto privato* Torino 1885. E per vero tutto induce ad ammettere la omogeneità primitiva delle forme del diritto; — *manus*, nome generale dei rapporti giuridici; — *mancipatio*, veste giuridica per *tutti* gli atti della vita; — *vindicatio*, mezzo di far valere ogni atto che con la *mancipatio* sia divenuto diritto; — *sacramentum* e più tardi (?) *legis actio sacramentum*, procedura contenziosa che regola l'esercizio di ogni azione. La dimostrazione di ciò non si può dare nei brevi limiti di questa nota e nè può svolgersi qui il processo di differenziazione che condusse alla ricca molteplicità degli istituti giuridici romani; di ciò parla ampiamente il Cogliolo nei citati *Saggi* e nella nota *h* p. 221 e *b'* a p. 231 e negli *Addenda* a p. 702 della *Storia del D. R.* del Padelletti.]

(61) Aul. Gell., *n. a.* V 18 9.

(62) Nel senso romano della parola, non nel significato che essa ha nella maggior parte dei sistemi giuridici moderni.

(63) Una legge attribuita a Numa vietava di vendere il figlio al quale si fosse permesso di condur moglie (Dion. Alic. II 20).

— o adottare alcuno come figlio il quale continui la sua persona. Quest'ultimo spediente era in genere preferito. Se si trattava della adozione di un *pater familias* l'atto dicevasi arrogazione (*adrogatio*); se di un *filius familias* dicevasi semplicemente *adoptio*. Questa, ignota probabilmente nella prima parte del periodo regio (64), era una sorta di complicato trasferimento di un figlio dal padre naturale all'adottante con espressa menzione dello scopo dell'atto; l'effetto di esso era soltanto di passare il fanciullo dall'una all'altra famiglia. L'arrogazione invece era cosa molto più importante e grave, perchè portava con sè la estinzione di una famiglia che niun altro doveva perpetuare. Era adunque un affare di Stato; e per vero doveva essere approvato dai pontefici, i quali forse dovevano esaminare se vi fossero abbastanza fratelli dell'arrogato per curare gli interessi degli antenati al culto dei quali egli rinunciava. Dato che il rapporto dei pontefici fosse in questo senso favorevole, il voto di un comizio curiato doveva sanzionare l'atto di arrogazione perchè esso portava con sè abbandono, per parte della *gens* dell'arrogato, degli eventuali diritti alla successione di lui. Dopo la sanzione comiziale, l'*arrogatus* passa dalla posizione di capo di casa a quella di *filius familias* nella casa del padre adottivo; se egli aveva moglie o figli a lui soggetti, questi passavano con lui nella nuova famiglia; ciò dicasi di tutto che apparteneva all'arrogato e poteva essere trasmesso da persona a persona. L'adottante acquistava la *potestas* e potere di vita e di morte sul figlio adottato nè più nè meno se questi fosse nato veramente da lui; e l'adottato godeva nella sua famiglia di tutti quei diritti dei quali avrebbe goduto se fosse di fatto nato in essa (65).

La *manus* e la *patria potestas* sono i principali aspetti

---

(64) [A questa ipotesi l'autore è tratto dal suo sistema che pone la *mancipatio* in relazione con le riforme di Servio, perchè l'adozione era fatta nella forma generale della *mancipatio, nummo uno,* e forse con speciale *lex fiduciae*. Si vegga in proposito VOIGT *XII Tafeln* II 309, 14. — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 184 *b*.]

(65) [La formula dell'arrogazione è data da Gell. *n. a.* V 19: VELITIS IVBEATIS QVIRITES VTI L. VALERIVS L. TITIO TAM IVRE LEGEQVE FILIVS, SIBI

della organizzazione famigliare patrizia; ma le relazioni coniugali e di parentela, quantunque non così ampiamente messe in luce nelle pagine dei giuristi, non sono meno importanti. La famiglia romana, nella storia antica del diritto, era regolata assai più dal *fas* che dal *ius*; — era una associazione consacrata dalla religione e tenuta assieme non solo dal potere ma dall'affetto coniugale, dalla pietà *erga parentes* e dalla reverenza filiale (66). Lo scopo del matrimonio era di allevare figli i quali perpetuassero la casa ed i *sacra* famigliari. Entrando nel nuovo parentado la moglie rinunciava ad ogni suo diritto e privilegio che prima avesse goduto come membro della casa del padre; ma ciò era perchè ella diveniva sino alla sua morte partecipe ed associata del marito in tutti gli interessi, sacri e civili, della famiglia di lui (67). Il marito è sacerdote nella famiglia; ma la moglie e i figli lo assistono nelle preghiere e partecipano ai sacrifizi fatti ai lari ed ai penati; come il Greco chiama sua moglie la padrona della casa, δέσποινα, così il Romano la dice *materfamilias* (68); ella era trattata da eguale dal marito

---

SIET QVAM SI EX EO PATRE MATREQVE FAMILIAS EIVS NATVS ESSET VTIQVE EI VITAE NECISQVE POTESTAS SIET VTI PATRI ENDO FILIO EST. HOC ITA VT DIXI ITA VOS QVIRITES ROGO.) — ma, osserva il Cogliolo, essa non deve essere antica usandovisi la parola *potestas*. Vedi per tutto ciò PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 184 *a-e*.]

(66) « *Matrem et patrem . . . venerari oportet* » Ulp. in Dig. XXXVII 15, 1, 2. — Adr. in Dig. XLVIII 9, 5. — Cicerone (Cat. Maj. XI 37), parlando di *App. Claudius Caecus*, così dipinge l'antico regime domestico: « *Quattuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et caecus et senex... Tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos; metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant; vigebat in illa domo mos patrius et disciplina* ». — DÉNIS *Histoire des idées morales dans l'antiquité* II 112. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 163 *a*.]

(67) Dion. Alic. II 25, dice che ciò fu espressamente dichiarato da Romolo. Questa antica idea viveva ancora nella giurisprudenza imperiale quando, caduta in desuetudine la *in manum conventio*, marito e moglie non erano più membri della stessa famiglia. Di ciò offrono una prova, ad esempio, le parole dell'imperatore Gordiano *Cod. Iust.* IX 32, 4: « *uxor, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur* ». — Si vegga anche Modest. in Dig. XXIII 2, 1 [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 175 *d*.]

(68) *Materfamilias*, si trova nelle fonti usato in due distinti significati, serve cioè a dinotare: 1] una donna *sui iuris*, non soggetta ad alcun capo famiglia, e 2] una donna *in manu mariti*.

rito. Anche pei figli la *potestas* era così mitigata, dal senso naturale di paterno dovere da un lato e dalla figliale affezione da l'altro, che nella vita quotidiana non era subìta come un peso; inoltre il pericolo di un arbitrario esercizio della giurisdizione domestica, sia pure nell'impeto della passione o sotto l'impulso di giustificabile risentimento, era ovviato dalla consuetudine secondo la quale il *paterfamilias* doveva in primo luogo consultare i prossimi parenti del figlio sì materni che paterni (69). Anche la incapacità dei membri *in potestate* della famiglia a ritenere la proprietà dei loro beni non può in questi tempi essere stata praticamente assoluta; perchè, quantunque il titolo legale di tutti gli acquisti loro risiedesse nel capo di casa, essi in fatto acquistavano per la famiglia come ente; a questa appartenevano le cose acquistate e il *paterfamilias* era soltanto un amministratore il quale conservava ed amministrava tali cose pel comune vantaggio (70). Inoltre il capo di casa era in modo speciale vincolato a conservare i beni avuti per successione legittima discendentale, i *bona paterna avitaque*, pei proprii figli, sì che lo sperpero di essi portava a privarlo della loro amministrazione (71).

In Grecia la *patria potestas* non raggiunse mai la severità ed estensione che ebbe in Roma e cessava, *de facto*

---

(69) Seneca parla del *paterfamilias* quale *iudex domesticus* (*Controv.* II 3) e *domesticus magistratus* (*De Benef.* III 11) [I passi degli autori latini relativi a questo *consilium propinquorum et amicorum*, sono citati in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 186 n. 3].

(70) Nella costituzione Serviana la valutazione del censo di un cittadino aveva per base realmente il valore dei privati possedimenti della famiglia; i *filiifamilias* avevano in proporzione di esso diritti e doveri politici e militari. Vedi Paul. Diac. s. v. *Duicensus*.

(71) Paul. *Sent.* III 4 a 7. Non v'è dubbio che nella Roma regale la interdizione di un patrizio non fosse fatta dalla *gens* di lui, la quale era la naturale tutrice dei figli dei gentili e gentilici e diveniva in loro mancanza erede d'ogni congentile defunto. I Greci mostrano la stessa cura della conservazione dei πατρῷα παππῷα [La formula data da Paolo: QVANDO TIBI BONA PATERNA AVITAQVE NEQVITIA TVA DISPERDIS..., e le parole dell'A. restringono la interdizione al caso di sperpero dei beni divenuti proprietà della famiglia per successione legittima. E così doveva essere nei primi tempi quando i diritti della comunità famigliare per ciascuna generazione nasce-

almeno, quando il figlio aveva raggiunto la virilità e metteva casa da sè. Ma in Roma, a meno che il *paterfamilias* volontariamente non vi ponesse fine, la *potestas* durava finchè il padre era in vita e aveva la piena capacità. Il matrimonio di un figlio (non però quello di una figlia la quale passava nella mano del marito) non scioglieva tale vincolo nè i figli del figlio erano al loro padre naturale soggetti finchè questi era *in potestate*. Per contro la moglie passava pel fatto del matrimonio nella potestà dello suocero e i figli di lei, appena nati, cadevano sotto quella del loro nonno paterno; quest'ultimo aveva il diritto di esercitare sulle sue nuore e sui nipotini suoi gli stessi diritti che egli aveva sui proprii figli e sulle figlie non maritate. Ma eravi questa differenza, che, quando il *paterfamilias* moriva, i suoi figli e le sue figlie che erano stati sotto la sua *potestate* ed i figli di un suo figlio a lui premorto divenivano immediatamente padroni di sè (*sui iuris*), laddove i figli dei suoi figli a lui sopravvissuti passavano soltanto dalla *potestas* del loro nonno a quella del padre loro.

L'acquisto della domestica indipendenza per fatto della morte del capo di casa bene spesso portava con sè la sostituzione della vigilanza del tutore (*tutela*) alla *potestas* venuta meno. Ciò accadeva inevitabilmente in caso di donne *sui iuris*, qualunque si fosse la loro età; esse restavano sotto tutela fino al momento in cui passavano, in seguito a matrimonio, *in manum mariti* (72). Pei pupilli maschi invece era richiesto il tutore finchè essi avessero raggiunto l'età pubere. È dubbio se durante il periodo regio usasse il marito o il padre nominare nel testamento un

---

vano probabilmente dal momento e dal fatto della morte di colui che aveva la *manus* sulla *familia pecuniaque*, estendendosi allora soltanto sui beni acquisiti. Più tardi l'interdizione del prodigo cangiò figura ed assunse uno speciale carattere del quale sarà parlato a suo luogo. Per questo periodo vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 187 *l* e 193 *e*.]

(72) Gaio, I 190, dice che non era agevole assegnare una sufficiente ragione della tutela perpetua delle donne *sui iuris*. Niun dubbio che all'epoca sua questo freno fosse d'assai rilassato; ma la evidente ragione era che con ciò si toglieva alle donne facoltà di disporre di parte del patrimonio famigliare, in pregiudizio della *gens* a cui esse appartenevano, senza il consenso di questa. [La

tutore alla moglie od ai figli. Forse no; quindi il dovere della tutela spettava alla *gens* alla quale apparteneva il *paterfamilias* morto; ed è ragionevole supporre che essa delegasse tale dovere ad uno de' suoi membri in modo speciale, riservando alla collettiva propria autorità un diritto di revisione.

La posizione dei clienti aggregati ad una famiglia è stata più sopra determinata. Le sole persone, che pure alla famiglia appartengono e di cui non si è ancora fatta parola, sono gli schiavi. Nel periodo regio essi erano socialmente in molto maggiore intimità con la famiglia di quello che lo fossero negli ultimi secoli; pochi di numero, sedevano a tavola con i loro padroni ed erano trattati con i riguardi dovuti ad esseri umani ragionevoli, non come semplici cose mobili, benchè dal diritto fossero come tali considerati. La esistenza della schiavitù e la sua enorme espansione nella seconda metà della repubblica non soltanto influì sulle istituzioni sociali e politiche di Roma, ma esercitò una considerevolissima influenza sui varii rami del diritto privato; di ciò sarà meglio parlato trattando del periodo che segue quello dei re.

Le cose dette sulla antica organizzazione della famiglia si riferiscono in grandissima parte ai patrizii. Nelle discussioni che si originarono dalla proposta di C. Canuleio di abolire la disposizione delle XII Tavole per la quale i matrimonii fra plebei e patrizii erano illegittimi, gli oratori patrizi opponevano, con parole di supremo disprezzo, che i plebei in pratica non conoscevano matrimonio; che le unioni loro erano promiscue, nè più nè meno di quelle delle bestie selvaggie, e che non potevano produrre alcuno dei diritti resultanti dalle *iustae nuptiae* (73).

---

nota massima, *ubi emolumentum successionis ibi onus tutelae,* è una prova di ciò. PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 189 e 194 *b.* — L'A. non ammettendo *agnati* in questa prima parte del periodo regio non si preoccupa naturalmente della questione ancora controversa del grado di parentela che i tutori legittimi debbono avere con il pupillo, e ritiene senz'altro che i gentili fossero chiamati a quest'ufficio].

(73) Liv. IV 2.

La dipintura era fatta così fosca certo dai pregiudizii di casta; perchè, quantunque i plebei fossero estranei al matrimonio religioso *confarreatione* e non potessero usare della civile forma di matrimonio *coemptione* se non dopo la riforma di Servio, tuttavia essi stringevano vincoli validi per l'incontro del consentimento delle parti, senza dubbio accompagnati da consuetudinarie cerimonie sociali, e ciò consideravano come matrimonio. Agli occhi della legge, è vero, queste cerimonie non bastavano a dar vita nè alla *manus* nè alla *potestas;* nè essi portavano la moglie nella famiglia del marito. Inoltre, perchè i plebei non erano considerati come cittadini e in conseguenza non avevano *conubium* nel senso di diritto a contrarre un legittimo matrimonio (74), i loro figli erano dai patrizii considerati come illegittimi, cioè non del padre ma della madre (75). Da ciò evidentemente ripete la origine sua il *matrimonium*, come istituto diverso dalle *iustae nuptiae*, unione con una donna per aver figli, ma tale che la moglie non diveniva, almeno dal punto di vista dei patrizii, « partecipe in tutti gli affari umani e divini della famiglia » (76). Essendo i plebei un insieme di razze diverse e le tradizioni di alcuni di essi, per esempio degli Etruschi, conservando più o meno concetti gineocratici (78), le usanze domestiche e le istituzioni loro erano necessariamente molto varie; ma poichè la maggioranza era di latini è ragionevole cosa supporre che *de facto* (78) essi consideras-

(74) « *Uxoris iure ducendae facultas* » Ulp. V 3.

(75) Gai. I 67; Ulp. V 8.

(76) Questo stato di cose è ancora accertato dalla insostenibile spiegazione che Livio (X 8, 10) propone della parola *patricii:* « *Qui patrem ciere possunt* » cioè che conoscono il padre loro; là dove i plebei innanzi che essi fossero ammessi alla cittadinanza ed al *conubium* erano considerati soltanto come discendenti dalle madri loro.

(77) Bachofen *Das Mutterrecht* Stuttgart 1861 p. 92.

(78) [Dalle parole di Livio (IV 2) sorge una difficoltà di qualche momento; lo storico latino dice che Appio Ceco accusò i plebei di non avere *justae nuptiae* produttive di effetti legali, là dove fin dai tempi di Servio — vedi nota 51 — usavano essi della *coemptio,* cioè di forma indubbiamente *legittima* produttiva di *manus* o *potestas* che dir si voglia. Non è possibile, parmi, spiegare questa contraddizione con ragioni giuridiche; il sentimento esagerato di casta spingeva il fiero decemviro a dir cosa, nel fatto, non vera

sero i proprii figli come *in patria potestate*(79) e affermassero di avere su questi gli stessi poteri che avevano su i loro i patrizii. Essi erano di fronte a questi ultimi in condizione sfavorevole, mancando di *gentes* per aiutarsi nelle sventure, per vendicare le loro risse e i loro uccisi, e per nominare i tutori alle vedove loro ed agli orfani. In compenso pare che essi abbiano avuto maggiori parentele dei patrizii, per vincoli di sangue e di matrimonio (*cognati et adfines*). Tuttavia è naturale che le XII Tavole abbiano data la prevalenza agli agnati in fatto di tutela e successione, lasciando ai cognati in opposizione agli agnati certi diritti e doveri che nella Roma patrizia devono aver appartenuto alla *gens;* per esempio, il dovere di partecipare al *concilium domesticum;* il dovere di proseguire l'uccisore di un parente, originariamente di vendicarne la morte; il diritto di interporre appello da una sentenza capitale resa contro un consanguineo (80). Ciò perchè nei tempi antichi, quando l'agnazione era ignota come forma diversa e distinta dalla *gens,* i plebei devolvevano questi diritti e doveri al cerchio dei cognati (81).

---

o meglio non più vera. — Perchè, dato anche che i plebei fossero esclusi dalla confarreazione per mancanza di *auspicia,* e ciò non è provato, essi potevano ricorrere alla *coemptio* ed all'*usus* che le XII Tavole sancirono ma che fin da prima erano forme legali di matrimonio. — Ammesso poi che la *mancipatio,* e quindi la *coemptio,* datino da Servio e che i plebei fossero da Servio fatti cittadini, le *iustae nuptiae* mancarono loro forse soltanto nel tempo in che essi erano ancora una moltitudine politicamente informe, stanziata intorno alle mura di Roma, con proprii istituti e con varie costumanze (vedi sopra n. 10 e più oltre n. 159). — La mancanza di *conubium* non basta in ogni modo ad argomentare una mancanza dei diritti di *manus* e *potestas* nei plebei; anzi il fatto che le nozze miste furono vietate nel 303 (dalle XII Tav.) e concesse nel 309 (dalla *lex canuleia*) prova come e patrizi e plebei avessero da lungo tempo anche in ciò forme comuni e diritti sostanzialmente eguali.]

(79) Il riconoscimento della *manus* per opera loro non può essere stato così generale. Le XII Tavole dichiarano che la *manus* è conseguenza legale di un anno di coabitazione matrimoniale, ma lasciano in facoltà della moglie o della famiglia di lei di sottrarvisi; è impossibile che alcuno, almeno, dei plebei non abbia preferito di contrarre matrimonio evitando sempre di conseguire la *manus.*

(80) Vedi Klenze *Das Familienrecht der Cognaten und affinen* Berlin 1828 p. 43, 46 e *passim.*

(81) Gli accenni all'azione dei *cognati* e degli *adfines* devono essere rile-

§ 10.

Distribuzione della terra e diritto di proprietà (82).

La distribuzione della terra fra gli antichi Romani è uno de' più intricati problemi della storia. La costituzione serviana classificava i cittadini e determinava i loro privilegi doveri e carichi secondo la estensione delle loro proprietà territoriali; ma ben poco si sa con certezza intorno al modo con il quale codesta proprietà aveva avuto origine.

La storia narra che Romolo divise il breve territorio da lui occupato in tre parti non necessariamente eguali;

---

vati con precauzione. Per esempio, nella descrizione della *caristia* o *cara cognatio*, festa annua che seguiva immediatamente i *parentales dies* ed i *feralia*, durante la quale tutti i membri di una famiglia convenivano a pranzo comune, in presenza dei domestici *lares*, per rinnovare i vincoli di benevolenza e di affetto. Ovidio (*Fast.* II 617) e Valerio Massimo (II 1 8) parlano di essa come se si trattasse della riunione dei *cognati* e degli *adfines* in genere, ad esclusione di ogni altro. Ma poichè la festa cadeva per tutti nello stesso giorno e durava tutta la notte e poichè ogni coppia di sposi poteva a un dipresso essere stretta di parentela naturale o civile con mezza dozzina di famiglie e più, è chiaro che la cognazione e la affinità richiesta per intervenirvi deve essersi fermata a quel sesto grado che ne era il limite usuale. Il racconto degli scrittori si rende intellegibile soltanto se si ammette che la raccolta dei parenti attorno alla tavola del capo di casa comprendesse ad esclusione di ogni altro la moglie i figli e le figlie non maritate. — I figli i nipotini e le figlie nubili sono indubbiamente i cognati del *paterfamilias*, la moglie e le nuore sono gli *adfines* nello stretto senso della parola; ma con ciò si restringe forse il numero di quelli che avevano diritto a tale qualifica. Può essere che, anche in altri casi nei quali *cognati* e *adfines* sono ricordati, sia necessaria simile limitazione.

(82) GIRAUD *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains* Aix 1838 (è pubblicato soltanto il primo volume). — MACÉ *Histoire de la propriété du domaine public et des lois agraires chez les Romains* Paris 1851. — HILDEBRAND *De antiquissimae agris Romani distributionis fide* Jena 1862. — VOIGT *Ueber die bina iugera d. ältesten Röm. Agrarverfagung* [Rhein Mus. für Phil. XXIV 52 e seg. (1869)]. Le idee ivi espresse sono alquanto modificate nelle *XII Tafeln* dello stesso autore, I § 102. — KARLOWA *Röm RG.* I § 15 [Su questo argomento si possono fare utili raffronti con le istituzioni anglo-sassoni descritte da WILLIAM LLOYD BIRKBECK *Historical sketch of the Distribution of Land in England* London 1885. — Si vegga in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* il cap. XVIII e le note relative].

una di esse era riservata a provvedere alle spese dello Stato per le istituzioni pubbliche sì civili che religiose; un'altra parte (*ager publicus*) era lasciata all'uso dei privati ma a vantaggio dello Stato; l'ultima porzione infine (*ager privatus*) servì alla divisione fra i seguaci di Romolo. A ciascuno di questi, secondo che Varrone (83) e Plinio (84) raccontano, il re assegnò un fondo (*heredium*) di due iugeri, eguale ad un acro e un quarto circa, in proprietà loro e dei loro eredi (*quae heredem sequerentur*); Plinio aggiunge che a nessuno di essi il re diede maggiori cose. La attendibilità di questo racconto è disputata per due ragioni, perchè così piccolo possedimento era assolutamente insufficiente a provvedere ai bisogni di una famiglia e perchè altrove innegabilmente le assegnazioni di terreni sono fatte non agli individui ma alle *gentes* (85). Non si deve però perdere di vista quello che di queste distribuzioni è detto: essere fatte cioè nei primissimi giorni di Roma fra un manipolo di avventurieri, il nucleo delle future *gentes,* ancora senza vincoli famigliari, i quali continuavano ad usare dei colli non cinti di mura e trovavano in un acro e un quarto spazio più che sufficiente per la dimora, rifugio per le mandre, e prodotti sufficienti ai bisogni personali.

Non è necessario adunque ritenere, nè le parole (86) di Plinio lo dicono, che questa prima distribuzione fosse definitiva. I Sabini ed altri, i quali di tempo in tempo cangiavano i loro possedimenti per nuove occupazioni di terreni, riponevano il diritto di proprietà nella *gens* o nella famiglia. Dai primi, dicono le fonti, venne il culto di Terminus e la idea della consacrazione dei confini; la maggior parte di essi, quando essi si unirono con i seguaci di Romolo, deve aver avuto terre in proprietà tramandate

---

(83) Varro *de r. r.* X 2.

(84) Plin. *h. n.* XVIII 2, 7.

(85) MOMMSEN *Röm. Gesch.* I 194 e seg.

(86) [Offrivano spazio sufficiente perchè, come nota il Cogliolo (PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 220 *g*), oltre ai due iugeri eravi l'*ager compascuus* e la proprietà di animali piccoli e grossi e quindi anche uno scambio di prodotti agricoli ed industriali che sopperiva alle eventuali deficienze di un sistema economico in gran parte autoproduttivo.]

loro forse per lunga serie di generazioni. Sarebbe irragiogionevole cosa supporre che unendosi in Roma da eguali meglio che da conquistati essi volessero abbandonare i loro possedimenti ereditarii per tale magro compenso. La maggior parte delle tribù locali di Servio portava i nomi di ben note *gentes* patrizie; quindi si può argomentare che le famiglie dei varii *clans* non fossero disgiunte e disperse ma continuassero ad abitare le une vicino alle altre, tanto nelle località sin da principio occupate quanto nei luoghi più tardi loro assegnati. Questa ipotesi trova conforto nel fatto ricordato da Livio, che quando Appio Claudio e i suoi seguaci vennero a Roma, essi furono come un sol tutto acquartierati nella circoscrizione dell'Anio la quale fu poi dopo distinta appunto per ciò con il nome di *tribus Claudia* (87).

---

(87) [In altre parole le distribuzioni di Romolo furono viritane secondo la tradizione perchè la leggenda ricorda che i seguaci di Romolo non ebbero famiglie ma le formarono con il ratto delle Sabine e quindi non ebbero *gentes*; dalla occupazione di questi terreni (*heredia* da *her* che risponde al scr. *ghar* — occupare) trasmessi *di fatto* ai discendenti (*heredes*, vedi Paul. Diac. s. h. v. p. 99 M) del primo occupante, in virtù della *manus* cioè del potere materiale diretto giustificato dall'*uso* continuo, che fu certamente la prima forma del diritto *privato*, sorse la proprietà privata degli immobili, come appunto le indagini sociologiche hanno dimostrato essere sorta la proprietà dei mobili. Il diritto romano, infatti, non lo si è mai abbastanza notato, è pieno di ricordi d'un'epoca nella quale ognuno difendeva il suo diritto con la forza perchè con la forza il diritto era nato e con la forza doveva mantenersi. Le altre assegnazioni furono fatte alle *gentes* perchè queste nello stato erano vere corporazioni indipendenti (non persone giuridiche, riconosciute) in epoca assai più recente nelle quali lo stato non poteva entrare; esse erano arbitre delle distribuzioni eventuali ai *gentiles* ed ai *gentilici*, qualora non si trattasse di terreni che dovessero essere posseduti in comune. Il Voigt (*XII Tafeln* II 392) non crede ciò possibile, salvo il caso che disposizioni speciali della *gens* permettessero di porre nella cassa comune la eredità, perchè la *gens* non era *persona giuridica*. A me non pare che fosse necessario questa qualità (che d'altronde manca anche nel caso ammesso dal Voigt), nei tempi di cui parliamo, per adire la eredità; la *gens* era un'unione naturale come la famiglia; al pari di questa possedeva e compieva tutti gli atti giuridici. Quanto al testo delle XII Tav.: GENTILES FAMILIAM HABENTO, esso anzitutto è di un'epoca relativamente recente, e poi allude alla condizione di fatto: la *gens* esercitava le sue facoltà in persona dei suoi *gentiles* e non dei *gentilici*, quelli e non questi avendo capacità giuridica. — Vedi n. 100. — Si vegga Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 158 *e*; 219 *f* e *g*.]

È grandemente probabile poi che quando le sopravvissute famiglie Romulee si svilupparono a formare le *gentes* esse ottenessero altri terreni in proporzione della loro forza numerica e dei loro bisogni. Nelle assegnazioni non seguivansi sempre, in pratica, metodi uniformi; ma a quanto pare esse consistevano in una riserva affidata alle mani della *gens* come corporazione; da questa riserva, lasciata integra finchè era possibile, di tempo in tempo, si toglievano i lotti di terreno per le nuove famiglie non appena formate, lotti che esse detenevano in proprietà indipendente sotto il vecchio nome di *heredia*. Poichè la agricoltura era estensiva gli appezzamenti di terra dovevano essere più vasti di quelli originariamente concessi da Romolo. Sette iugeri, circa quattro acri e mezzo, sembrano essere stati la misura normale delle concessioni regie ai plebei e i possedimenti patrici non possono essere stati minori; probabilmente e di regola erano di assai maggiori; infatti il *minimum* fissato per la terza classe Serviana è di dieci iugeri, quello per la prima di venti (88). Poichè ogni patrizio era autorizzato a fare concessioni in precario ai suoi clienti è da ritenere che egli avesse più di sette iugeri. Ma, probabilmente, non aveva avute tutte le sue terre con assegnazioni gratuite sia per parte dello Stato sia per parte della sua *gens* (le vendite fatte dallo Stato non erano in alcun modo straordinarie). Sulle terre comprate, non già sull'*heredium*, dovevano essere usualmente impiegati i clienti, i quali ancora erano adoperati in gran numero su quelle parti dell'*ager publicus* che i patrizii avevano occupato sotto il nome di *possessiones*. Queste e non gli *heredia* erano la principale sorgente delle ricchezze dei patrizii nella antica repubblica e costituivano una

---

(88) Gli scrittori dell'epoca imperiale bene spesso ricordano l'antico *heredium* di sette iugeri come quello che era di gran lunga sufficiente per il suo frugale proprietario che da sè lo coltivava con l'aiuto dei figli [Plin. *n. h.,* XVIII 2, 7 e 3, 18. — Vedi Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 220 *g*]. Si fa spesso menzione del caso di Cincinnato nell'a. 293 u. c.; aveva egli una proprietà di quella estensione appunto e ne vendette tre iugeri per far fronte ad alcuni impegni dei quali si credeva responsabile: trovò che il rimanente bastava a mantenerlo con tutta la dignità di un uomo il quale era stato console e doveva esser fatto dittatore.

inesauribile fonte di controversie fra patrizii e plebei. Ma la monopolizzazione di codeste *possessiones* per parte dei patrizii non cominciò a manifestarsi in modo visibile ed a pesare come un'angheria durante il periodo regio, quindi maggiori particolari intorno a ciò rimettiamo ad un seguente paragrafo (§ 19).

Le notizie sulle assegnazioni di terre ai plebei sono molto più incerte di quelle relative a distribuzioni fra i patrizii. Essi indubitatamente erano divenuti liberi proprietarii in gran numero prima delle riforme di Servio; ma probabilmente non giunsero a tale condizione se non gradatamente. Tutto induce a credere che le antichissime concessioni fatte loro dai re fossero soltanto in precario; ma più tardi, quando furono cresciuti di numero e di importanza, essi ottennero *heredia* varianti in estensione da due a sette iugeri. Quegli poi che ne aveva il mezzo bene spesso comperava terre dallo Stato ed era considerato come cessionario. In fatti v'è fondata ragione per ammettere che dall'epoca di Servio i plebei fossero liberi tenitori di terre in proprietà privata al pari dei patrizii, quantunque sia malagevole per la molta incertezza determinare come essi raggiungessero sotto questo rispetto la eguaglianza.

La frase che Varrone usa parlando degli *heredia* — due iugeri che seguono l'erede (*quae heredem sequerentur*) — fece credere a taluno che le terre acquistate dallo Stato per gratuite concessioni fossero inalienabili (89). Tale interpretazione non è inammissibile; così la legge sempronia del 621 (90) dichiarava inalienabili i lotti di trenta iugeri di terreno che per essa erano distribuiti (91).

(89) Lo Schevegler (II 444) ed il Rudorff (*Gromatische Institutionen* Berlin 1852 p. 303) sono di questa opinione e si fondano in gran parte sulla considerazione che fino ai tempi di Servio non v'era alcun mezzo giuridico per la vendita delle terre. Ma ciò è ardito. Può esservi stato un qualche cosa di simile alla *resignatio in favorem* del diritto feudale — abbandono per parte del venditore alle mani del re perchè questi trasmetta il fondo al compratore. Può anche essere stata fin d'antico usata la *in iure cessio* che noi abbiamo detto essere stata sanzionata dalla XII Tavole e che sarà spiegata più avanti.

(90) [Su questa legge vedi Gaddi *Cronologia* Torino 1887.]

(91) Questa restrizione però fu trovata inattuabile e fu rimossa.

È però molto più verosimile che la vendita dei terreni non fosse in antico prevista, perchè le assegnazioni erano fatte alle famiglie e non agli individui, e perchè, come si è più sopra osservato, nessuno può disperdere per negligenza il patrimonio che gli è provenuto dai suoi antenati e che egli deve trasmettere ai suoi figli. Per codesta epoca, adunque, tale interpretazione della frase varroniana appare alquanto stiracchiata. Una concessione fatta al primo concessionario in guisa che questi possa trasmetterla ai suoi eredi è tutto quello che le parole adombrano, in opposizione ad una concessione più limitata in precario o a vita. Certo era concessione in proprietà assoluta, e fu poi detta *dominium ex iure quiritium*. Questo nome non fu dato fin da principio; perchè *dominium* non era parola dell'uso antico, quando il proprietario dicevasi *herus* (92) e il suo diritto *manus* (93). La qualifica *ex iure quiritium* derivò dalle parole di rito usate nella formola dell'azione rivendicatoria di un diritto di proprietà; nella quale il rivendicante otteneva la protezione dello Stato per mezzo dei tribunali ordinari soltanto quando poteva mostrare un titolo che lo Stato stesso, cioè i quiriti, riconoscessero valido e sufficiente.

È stato detto qualche volta che il diritto del periodo regio anteriore al regno di Servio Tullio non conobbe la proprietà su i mobili. Questa asserzione è erronea. Come è possibile che uomini i quali hanno proprietà territoriali divise e definite siano indifferenti alle distinzioni fra tuo e mio nelle altre cose! Non è permesso di credere che gli schiavi e il bestiame e il gregge di un individuo, il suo aratro e gli altri istrumenti colonici o industriali, il raccolto del suo podere, le merci prodotte dall'industria sua, non fossero da lui risguardate come cosa propria, *de*

(92) La parola è frequentissima in Plauto, quando lo schiavo rivolge il discorso al padrone; — si trova anche nella legge Aquilia del 467 u. (Dig. IX 2, 11, 6) con significazione generale di proprietario (*dominus*). Paul. Diac. s. v. *Heres* e Giustiniano, *Inst.* II 19, 7, dichiarano che ha lo stesso significato dell'antico *heres*. Il Corssen (*Beiträge* p. 40) la connette con il sanscr. *her*, prendere, occupare.

(93) Come è chiaro pel *manum conserere* dell'*actio sacramenti in rem* e per altre ragioni esposte nel § 13.

facto almeno, al pari delle terre che egli coltiva o della casa, che egli abita. Tuttavia un passo di Gaio pare avvalorare codesta ipotesi: il giureconsulto romano, riferendo la distinzione che si era fatta negli ultimi tempi della repubblica fra proprietà quiritaria e il minore diritto ch'egli designa con la frase *in bonis habere* (94), dice che anticamente (*olim*) le cose erano ben diverse, che cioè un uomo era proprietario *ex iure quiritium* o non era affatto proprietario (95). — Ma dal punto di vista di Gaio il suo *olim* si riferisce soltanto allo stato del diritto immediatamente precedente il riconoscimento della proprietà bonitaria delle *res mancipi,* perchè ad esso soltanto era applicabile; e non esclude la possibilità che in un periodo ancor più remoto il diritto riconoscesse una distinzione fra proprietà naturale e proprietà legale o civile (96). Il fatto che i pretori e i giureconsulti del primo impero cercarono di mitigare e mitigarono il rigore del puro *ius* civile con i principii del diritto naturale, induce a credere che questo elemento non fosse completamente nuovo. Giustiniano però ne insegna il contrario. « Il diritto naturale », egli dice, « evidentemente è il più antico, perchè ebbe origine con la specie umana; il diritto civile invece cominciò soltanto quando gli Stati furono fondati i magistrati creati e le leggi scritte » (97).

È ammissibile che il diritto rifiuti un'azione reale per

---

(94) La regola del *ius* civile era che le così dette *res mancipi* potevano essere trasferite in piena, quiritaria, proprietà soltanto per mezzo di mancipazione o cessione giudiziale. In conseguenza la semplice consegna di codeste cose lasciava sussistere nel transferente il titolo legale, di guisa che il cessionario non poteva esercitare l'azione reale, vindicatoria del suo diritto, finchè non avesse sanata la deficienza del titolo mediante la prescrizione acquisitiva. A ciò ovviò l'editto del pretore, sotto certe condizioni accordando a tale imperfetto proprietario un'azione anche prima che la prescrizione fosse avvenuta (§ 52). Il trasferente non era meno per questo proprietario per diritto quirizio; ma, per la concessione fatta al cessionario di una azione *in rem,* quest'ultimo era riconosciuto come proprietario per quel titolo minore che prese il nome di *in bonis habere* (Gai. II 40). Quindi l'epiteto di δεσπότης βονιτάριος che Teofilo applica al proprietario pretorio.

(95) Gaio II 40.

(96) Ἔστι φυσικὴ καὶ ἔννομος δεσποτεία (Theoph. I 5, 4).

(97) Iust. *Inst.* II 1, 12.

determinare una questione di diritto sopra una cosa, a tale il quale non abbia alcun titolo che gli conferisca la proprietà quiritaria; pure verrà protetto il suo possesso quando ne venga disturbato e gli saranno forniti gli opportuni rimedi quando gli sia tolta per furto o per violenza la cosa posseduta. Per vero, tale condizione di cose non è soltanto probabile, ma evidente ed all'infuori d'ogni possibilità di controversia. Può tuttavia sorgere dubbio che così non fosse all'epoca della introduzione della proprietà bonitaria — che cioè, come il possessore di parte dell'*ager publicus* pur non essendo, è noto, proprietario per diritto quirizio era protetto da un interdetto, così fosse difeso, almeno contro ogni acquirente non quiritario, il compratore di alcuni acri dell'*ager privatus* qualora egli si sia contentato della semplice consegna. Inoltre è a dubitare se, pel furto di *res mancipi* mobile acquistata senza mancipazione o cessione *in iure*, il compratore avesse azione penale contro il ladro. Questa, in fondo, è questione di parole. Se *dominium* significasse proprietà quiritaria, quella proprietà cioè che sola poteva essere fondamento ad azione reale dinanzi ai tribunali, allora converrebbe ammettere che fino all'epoca di Servio (fatta forse eccezione per gli schiavi di guerra e pel bestiame) non vi fosse proprietà sulle cose mobili; ma codesta parola vuol significare soltanto il diritto che ciascuno ha di alienare con la tradizione le cose di sua proprietà, di proteggerle o di ottener loro protezione dalle competenti autorità contro chiunque voglia spogliarlo di esse per furto o violenza; pertanto la esistenza di una proprietà sui mobili — forma naturale di proprietà — non può essere negata (98). V'è furto anche quando l'oggetto sottratto fu dal derubato acquistato con mezzi naturali soltanto, con lo scambio sul mercato, con l'industria dell'artigiano, o quando è il prodotto di cosa che gli apparteneva da tempo (99).

---

(98) Con le riforme di Servio Tullio alcuni mobili furono classificati assieme alle terre ed alle cose nella categoria delle *res mancipi* divenendo così oggetto del diritto quirizio.

(99) [Molta luce riverbera su questo punto dalla teoria fondamentale del

§ 11.

Successioni.

La storia della concessione fatta da Romolo di piccoli poderi che dovevano « seguire l'erede » indica chiaramente che dai più antichi tempi i Romani riconoscevano l'eredità ed un ordine successorio. Per vero, imponendo essi ai discendenti loro il dovere di perpetuare la famiglia ed i *sacra* di lei, sarebbe strano che codesti discendenti fossero stati privati del patrimonio del defunto.

La differenza nella organizzazione delle famiglie dei patrizii e quelle dei plebei portava necessariamente con sè una diversità di qualche momento nelle regole di successione. Fra i primi l'ordine era questo: alla morte del *paterfamilias* il suo patrimonio passava a quello dei suoi figli *in potestate* il quale, per fatto di codesta morte, diveniva *sui iuris;* la vedova del defunto prendeva una parte eguale a quella dei figli, nessuna distinzione facendosi fra mobili ed immobili fra diritti reali e personali; mancando la vedova e i figli, il patrimonio passava alla *gens* del defunto (100). Fra i discendenti e la *gens* fu chiamata a suc-

prof. COGLIOLO, espressa in più luoghi dei suoi *Saggi sull'Evoluzione del D. Priv.*, e delle note alla *Storia del D. R. del Padelletti.* Egli, considerando la semplicità della vita di un popolo primitivo, ritiene che non tutti i rapporti economici fossero assunti a dignità di vita giuridica ma soltanto man mano fossero ricoverati sotto la veste ufficiale che lo Stato offre ai privati negli atti formali. Quindi a fianco della vendita per mancipazione che dà al compratore qualità e diritti di vero proprietario, vendita sola *giuridica* a quest'epoca, doveva essere la vendita consensuale cioè la semplice consegna delle cose di fronte ad un prezzo (la permuta in tempi anche più antichi). Questa era un rapporto *di fatto* come un rapporto di fatto era quello che intercedeva fra la cosa così comprata e il compratore. La forza privata, da prima, gli interdetti possessori di poi, tutelarono questo stato di cose che in epoca storica si elevò a qualità giuridica con la teoria scientifica del possesso, quale diritto indipendente dalla proprietà, e con la teoria pretoria dell'*in bonis habere.* Questo è il *diritto naturale* che Giustiniano confonde con il diritto filosofico dei giureconsulti stoici e che è anteriore al *diritto civile* appunto perchè questo cominciò quando lo stato intervenne a sostituire l'opera propria all'azione dei privati.]

(100) Le parole delle XII Tavole erano GENTILES FAMILIAM HABENTO —

cedere — ma a quanto pare non nel periodo regio (101) — una classe intermedia sotto nome di agnati; questi furono introdotti dalle XII Tavole per provvedere ai plebei, i quali, non avendo *gentes,* mancavano di eredi quando non vi fossero stati figli (102).

Nell'India, perchè i figli maschi soltanto possono perpe-

---

vedi Ulp. in *Collat.* XVI 4, 12 — ma Cicerone, parlando della *celebre causa* fra Claudii e Claudii Marcelli (*De Orat.* I 39, 176) sembra indicare che la *gens* fosse chiamata a succedere come una corporazione. Ma le opinioni in proposito sono varie: GOTTLING (*Röm Staatsverfassung*), p. 71 e seg., preferisce credere che la pratica non fosse in ciò uniforme [Si vegga sopra la nota 87. — Parrebbe oggi assodato, per gli studii del VOIGT (*XII Tafeln,* II, 741 e seg.), che la *gens* fosse una corporazione, non però un ente giuridico. Si veggano testi a prova di ciò in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 157 *d,* 158 *e,* 197 *q*].

(101) Che gli agnati siano ricordati in una legge attribuita a Numa è semplice congettura di Ph. E. HUSCHKE in I. G. HUSCHKE *Analecta litteraria* Leipzig 1826 p. 375. — La legge è conservata da Servio *in Eglog.* IV 43: « *In Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi et natis eius in cautione* (*concione*-Scàlig.) *offerret arietem* ». La sostituzione di HUSCHKE di *agnatis* ad *et natis* è generalmente adottata; ma necessariamente non si potrà ammettere che Numa alludesse ad altri che ai figli *in potestate* ed alla *gens* del morto. Vedi la nota seguente [La questione non sta in ciò, se cioè esistessero o no gli agnati prima delle XII Tavole, perchè sono una conseguenza della organizzazione gentilicia, patriarcale, ma se essi fossero chiamati prima di quest'epoca alla successione del parente a *preferenza* degli *altri* gentili. — Se si ammette, come è verosimile, che gli agnati fossero i parenti *per virilem sexum* aventi un capostipite noto e certo, cioè (VOIGT *Ius naturale* III 1164) fino al sesto grado (vedi Paul. *S. R.* IV 11 7. — Trebat. in Dig. XXXVIII 10, 10, 18. — Tacit. *Ann.* XII 6) l'opinione del Muirhead si fa in gran parte probabile, e si può ritenere che anticamente non vi fosse distinzione, quanto al diritto successorio, fra gentili ed agnati e che più tardi si dovesse preferire questi ultimi pel gran numero di gentili fra i quali sarebbesi sperperato il patrimonio del defunto. Che gli *agnati* siano introdotti per provvedere ai plebei non parmi sostenibile non foss'altro perchè i plebei ebbero proprie *gentes* (queste furono ammesse alle funzioni politiche nel 387 u. in grazia delle leggi *liciniae sextiae* ma certamente esistevano fin da prima — vedi Liv. VI 37, 11, e vedi la spiegazione alquanto diversa di questo passo data dal VOIGT *XII Tafeln* II 762, n. 6 in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 157 *c*) come è naturale resultando esse dalla presunta discendenza da un comune antenato].

(102) È vero, tuttavia, che da principio l'ordine successorio era agnatizio; perchè quelli soltanto tra i figli di un cittadino i quali erano agnati ad un tempo e cognati venivano chiamati a succedere; e la *gens* era, teoricamente almeno, appunto un insieme di agnati.

tuare la famiglia, le figlie non avevano diritti successorii. Lo stesso avveniva ad Atene, ove, in concorso dei maschi, le figlie erano escluse dalla successione. Alcuni storici del diritto sostengono che così deve essere stato nella Roma patrizia (103); tuttavia i testi non suffragano di prove questa teoria (104). Giustiniano in più luoghi allude anzi ad una perfetta eguaglianza dei sessi in questa materia agli occhi dell'antico diritto; ma codesta eguaglianza è più nominale che reale. La figlia passata per matrimonio *in manum* del marito, vivo ancora il padre di lei, certamente non poteva prendere parte alcuna della eredità del padre, perchè aveva cessato di appartenere alla famiglia di lui. La figlia che era *in potestate* alla morte del padre e che perciò diventava *sui iuris*, era erede a meno che il defunto avesse voluto impedirlo con speciali disposizioni testamentarie. Però ella doveva evitare di ledere i diritti della *gens;* così non poteva andare a marito e quindi portare la propria fortuna in altra famiglia senza il consenso dei suoi gentili; nè poteva alienare senza il loro consenso cosa di qualche valore e nè, se essi anche il consentono, far testamento disponendo delle cose sue in vista della sua morte (105). La sua eredità, quindi, era sua soltanto di nome; in realtà essa era fra le mani dei tutori di lei.

---

(103) GENZ *Das Patricische Rom.* Berlin 1878 p. 11, è ricisamente di questa opinione. Il FUSTEL DE COULANGES *op. cit.* p. 80 e seg., crede che se non per disposizione espressa di legge, almeno praticamente le donne fossero escluse. [La ragione di ciò si potrebbe vedere nella incapacità delle donne a compiere i *sacra* e sostenere le tutele, ecc., secondo l'antica massima *ubi emolumentum successionis ibi onus tutelae.* Era questo un antico principio pratico rimasto forse nel campo dei precetti pontificali?]

(104) La legge voconia del 585 u., espressamente vietò in alcuni casi di istituire erede testamentario una donna, anche se fosse l'unica figlia del testatore; ma non soppresse il diritto di conseguire per testamento. — [Sulla *lex voconia* vedi GADDI *Cronologia delle leggi comiziali.* — Se questa legge vietò che le donne ereditassero (*mulier... heres institui non potest*) dal testamento di chi appartiene alla prima classe del censo (*ab eo qui centum millia aeris census est.* — Gai. II 274), vuol dire che negli altri casi potevano essere istituite eredi come appunto il Muirhead sostiene].

(105) Cic. *Top.* IV 18. — La principale ragione di questa incapacità deriva dal fatto che le donne non erano ammesse alle curie e quindi non

Poichè le figlie *in potestate* erano ammesse alla successione in concorso dei figli maschi, è evidente *à fortiori* che i figli più giovani non erano esclusi dal primogenito. Infatti, non è traccia in Roma di un diritto di primogenitura, neanche, come nell'India, sotto forma di una piccola porzione dei beni ereditarii data al fratello maggiore in più della parte dei fratelli minori. D'altra parte è fatta menzione di *heredia*, i quali rimangono in una famiglia non per varie generazioni soltanto, ma per secoli; ora ciò non sarebbe stato possibile, se la morte di ogni *paterfamilias* avesse portato con sè dispersione del patrimonio famigliare. Questa forse era evitata qualche volta con speciale convenzione fra gli eredi. Un mezzo pratico, forse generale tra i fratelli, era di astenersi dalla divisione del patrimonio, continuando a godere questo come condomini, *consortes* (106). Non si hanno notizie particolareggiate intorno a ciò; ma è molto probabile che in seguito ad intelligenza fra gli eredi, l'*heredium* rima-

---

potevano fare testamento nel solo modo conosciuto nel periodo regio quantunque i loro tutori avessero a ciò consentito. Ma in processo di tempo questa incapacità si ritenne essere speciale alle donne che si trovavano nella tutela legittima degli agnati della loro *gens*, — incapacità dei tutori piuttosto che dei pupilli, la quale poteva essere rimossa con la sostituzione del tutore fiduciario al tutore legale. Era questa, come Cicerone dice (*Pro Mur.* XII 27), una grande rivoluzione nello spirito della legge mentre se ne osservava rigorosamente la lettera. I tutori legittimi, ben conoscendo quale era lo scopo in vista, permettevano alla loro pupilla di passare, mediante coemzione nella mano (*in manum*) di tale che ella non riconosceva come marito, e che doveva riemanciparla a sua volta (Gai. I 137) a per sona di sua scelta, magari ad uno dei tutori legittimi dai quali si era liberata. L'ultimo era a sua volta obbligato a manometterla e quindi ella diveniva *sui iuris ; ipso iure* questo suo manumittente diveniva tutore fiduciario e si faceva un dovere di compiacere a tutti i desiderii di lei ed anche di sanzionarne il testamento (Gai. I 115; II, 112).

(106) Gell. *n. a.* I 9, 12: « *Societas inseparabilis, tamquam illud fuit antiquum consortium, quod iure atque verbo Romano appellatur ercto non cito* ». Serv. *in Aen.* VIII 642: « *Ercto non cito i. e. patrimonio vel hereditate non divisa* ». — Vedi Leist *Zur Gesch. der Röm. Societas* Jena 1881 p. 20 e seg. — Festus s. v. *sors* [p. 297 M — Paul. Diac. s. v. *disertiones* p. 72. (55) e s. v. *erctum citumque* p. 82 (62) M] dice che *sors* significa *patrimonium ;* quindi *consortium*. Ma letteralmente codesta parola vale *lotto di terra,* quello che era assegnato in sorte all'originario proprietario.

nesse nelle mani di un solo, il quale a sua volta lo trasmetteva alla sua posterità. A questo scopo anche deve aver contribuito l'uso di mandare nelle colonie i membri più giovani della famiglia; e senza dubbio il *paterfamilias* negava spesso il consenso al matrimonio dei figli più giovani, prevenendo così la moltiplicazione degli eredi in una nuova generazione. Ma il modo più semplice che si offriva al *paterfamilias* era la facoltà di regolare egli stesso la sua successione a mezzo del testamento. Questo fu introdotto, non per favorire uno straniero quando il capo della famiglia non ha prole (perchè, secondo le idee dei patrizi, in questo caso egli ha il dovere di adottare un figlio il quale perpetui la famiglia), ma per assegnare le parti della successione quando egli ha più di un figlio. Nel più recente diritto in varii modi potevansi determinare le porzioni speciali dell'eredità, che a speciali eredi voleva il testatore spettassero, con sostituzione anche di terza persona in previsione della mancanza del primo istituito. Non vi è ragione per credere che a tale espediente non si avesse ricorso, quando era necessario, nel testamento orale dell'epoca regia.

Durante la repubblica ed anche dopo, era in facoltà del *paterfamilias* diseredare con testamento uno o tutti i suoi figli *in potestate,* e così all'ultimo suo momento privarli d'ogni diritto al patrimonio famigliare. Nessuna notizia conforta a credere che così siasi fatto dagli antichi patrizii. L'uso sembra piuttosto essere derivato dal valore dell'*uti legassit* (107) *suae rei ita ius esto* delle XII Tavole « quello che altri dispone relativamente al suo patrimonio (*res, res familiaris*) si abbia per legge »; parole le quali, si disse, furono interpretate con la maggior larghezza, quasi cioè confermassero e sanzionassero qualunque disposizione testamentaria la quale avesse per oggetto gli interessi dei membri *in potestate* della famiglia del testatore o le proprietà di lui. Ma questa interpretazione ripugnava talmente all'idea generale, per la quale il *filiusfamilias* era

---

(107) *Legare* nelle XII Tavole non aveva la ristretta significazione dei tempi più recenti, di lasciare in legato, ma comprendeva la espressione dell'intera volontà del testatore; equivale a *legem dicere de re sua mortis causa.* Giustiniano nella Nov. XXII 2, la traduce con νομοθετεῖν.

considerato come condomino rispetto al patrimonio famigliare, che essa era in ogni modo disconosciuta. Nessuna tacita diseredazione può privarlo del diritto che dalla nascita gli deriva; così se il padre omette di istituire il figlio o di diseredarlo, quando fa testamento a favore di un estraneo, non viene a *legare* nel senso della legge; in conseguenza il figlio non può essere spogliato dell'eredità, ma al contrario il testamento è inefficace. Talmente penetrato era Giustiniano del dovere di non diseredare i figli, che egli vietò le diseredazioni, eccetto che esse abbiano per motivo una grave indegnità del preterìto espressamente ricordata nel testamento.

È appena credibile quindi che tale uso fosse stato accolto dai patrizii dell'epoca dei re. Certo esso era estraneo alle antiche nozioni ariane; il testamento era ignoto agli Hindus; del pari non lo conoscevano gli Spartani e nè gli Ateniesi prima che fosse introdotto dalla legislazione di Solone (per la quale però non potevasi mai pregiudicare ai diritti successorii d'un figlio, e qualora il testamento fosse stato fatto da tale che non avesse figli diveniva in sostanza un atto di adozione *mortis causa,* in quanto che suppliva artificialmente i discendenti che la natura non aveva concessi al testatore). È probabile che i Romani conoscessero il testamento fin da antichissimo: esso era fatto nei comizii curiati o in presenza dell'armata ordinata in battaglia; il che è segno di alta antichità [108]. Ma il primo almeno di codesti testamenti (il secondo era soltanto un sostituto per casi estremi) non ammetteva affatto il principio *uti legassit ita ius esto.* Perchè, quantunque in progresso di tempo le curie dovessero soltanto ricevere la dichiarazione orale dell'ultima volontà del testatore, in guisa da poter testimoniare intorno ad essa dopo la morte di lui, è impossibile non vedere nel testamento comiziale, in origine, un atto legislativo, con il quale i compagni del testatore, per ragioni che essi ed i pontefici presenti all'atto credessero valide, sanzionavano volta per volta una deroga alle regole comuni della

---

(108) *Calatis comitiis* e *in procinctu:* Gai II 101. — Vedi Gell. *n. a.* XV 27, 3.

successione (109). I pontefici intervenivano per proteggere gl'interessi della religione e le curie per proteggere quelli della *gens* del testatore e si può a mala pena credere che codeste persone le quali sanzionavano i testamenti avessero in tanto dispregio le antiche tradizioni da privare un *filius familias* dei suoi diritti a favore di uno straniero.

Si può ritenere che, *de facto* in ogni caso, i figli *in potestate* di un plebeo i quali divengono *sui iuris* per la morte di lui gli succedano nella stessa guisa dei figli di un patrizio: o piuttosto ambedue acquistino per tale fatto la libera amministrazione del patrimonio famigliare, dalla quale essi erano stati esclusi durante la vita del padre loro (110). Ma, poichè il plebeo non era membro di alcuna *gens*, non eravi disposizione di sorta che provvedesse alla devoluzione del patrimonio ereditario in difetto di figli. La mancanza di essi non potè essere supplita con l'arrogazione finchè i plebei non furono ammessi all'assemblea curiata; ed è dubbio se l'adozione di un *filius familias* fosse nota prima delle riforme di Servio Tullio. La stessa ragione che gli impediva di arrogare un *paterfamilias*, vietava al plebeo l'uso del testamento *calatis comitiis* (111); ed anche il testamento *in procinctu* era impossibile perchè, quantunque prima di Servio i plebei potessero al bisogno servire sotto le armi, essi non erano cittadini e quindi non avevano capacità di farlo (112). Sinchè, quindi, le XII Tavole non ebbero introdotto la successione degli

---

(109) MOMMSEN *Röm. Staatsrecht* II 37. — JHERING *Geist d. R. R.* I § 11 b. [Vedi la contraria opinione in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 204 *m*].

(110) « *Domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* » Gai. II 157. « *Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur* » Paul. in Dig. XXVIII 2, 11. — Vedi § 32 [In contrario vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 201 *d* e specialmente COGLIOLO *Saggi sulla Evoluzione del D. Priv.* p. 111 e seg.

(111) Gellio (XV 27, 3) dice che vi erano *calata comitia* curiati e *calata comitia* centuriati; ma questi, secondo l'opinione comune, sorsero soltanto dopo lo stabilimento della repubblica.

(112) La cittadinanza era, e continuò ad esserlo sempre, il requisito fondamentale della capacità testamentaria: vedi Gai. II 147. — Iustin. *Inst.* II 17, 6: « *Testamenti factio est iuris publicis* » dice Papiniano; chè, infatti,

agnati, un plebeo morto senza aver avuto figli *in potestate* era necessariamente privo di eredi, cioè di eredi legittimi. Ma la consuetudine, pare, permetteva che il suo *heredium* passasse in godimento di un estraneo; un fratello od altro prossimo parente del defunto aveva in ciò la migliore opportunità, e se il nuovo possessore restava tale, con carattere di erede, per un conveniente periodo, fissato dalle XII Tavole ad un anno (113), il diritto gli riconosceva qualità di erede e i pontefici gli imponevano il dovere di provvedere ai *sacra* della famiglia. Questa fu l'origine, innocentissima e lodevole, della *usucapio pro herede* (114) che Gaio condanna come incomprensibile ed infame perchè senza dubbio aveva perduto la sua *raison d'être* dappoichè era stato introdotto il diritto di successione degli agnati.

§ 12.

Violazioni dei contratti. Offese pubbliche e private.

Parlare in proposito del periodo regio, di un diritto delle obbligazioni nel senso che queste parole hanno nella più recente giurisprudenza, è fare una cattiva applicazione del linguaggio. Però è cosa troppo ardita asserire, come taluno ha fatto, che prima dei tempi di Servio, Roma non ha avuto diritto contrattuale; gli uomini devono aver comperato e venduto od almeno permutato le cose fra di essi fino dai più antichi tempi; devono aver appigionato case, condotto opere, fatto prestiti, portato merci e messi in essere tutti quegli atti che sono inevitabili

---

fatti, faceva parte originalmente dei diritti del cittadino e traeva carattere di atto pubblico dall'essere questi membro dei comizii; tale ragione probabilmente fu dimenticata ma le conseguenze rimasero.

(113) Gai. II 53 e 54.

(114) [Diverse teorie sulla *usucapio pro herede* (Cic. *De leg.* II 19), vedi in Huschke (Zeitschr. f. g. W. XIV 145), in Holder *Zur Gesch. des Röm. Erbrechts* cap. VII, in Scheurl (Beitr. zur Bearb. des R. R.) ed in Voigt (*XII Taf.* II 375), nessuna così semplice e piana come quella esposta dall'A.]

fra un popolo dedito ad occupazioni pastorizie agricole o commerciali. È vero che ogni famiglia patrizia con buon numero di clienti e di schiavi aveva nel proprio interno ogni mezzo di provvedere agli ordinarii bisogni, ed era in certo modo per ciò indipendente da esterni aiuti; ma tali famiglie non erano molte ed i plebei agricoltori e gli artigiani dei collegi non erano in tale fortunata condizione. Quindi devono aver avuto luogo contratti e deve esservi stato un diritto contrattuale; questo però era assai imperfetto. Nella permuta, perchè a tale epoca il danaro non usavasi, l'immediata consegna e lo scambio di prodotto e prodotto facevan sì che l'atto fosse completo senza che per esso venisse creata alcuna obbligazione. Ma negli altri casi suddetti, una delle parti almeno deve essersi rimessa alla buona fede dell'altra. Quale era la sua garanzia e quale rimedio aveva nel caso in cui l'impegno non fosse eseguito? Il creditore faceva assegnamento in primo luogo sulla probità della parte con la quale aveva contrattato, quindi sulla reverenza alla *fides* e sul timore che il debitore deve avere della disapprovazione dei suoi compagni qualora neghi l'obbligo contrattuale e delle penalità sociali religiose o pecuniarie che gli possono essere imposte dalla sua *gens* o dal suo collegio (115). Se la parte la quale si è fidata alla buona fede altrui non stava contenta alla promessa del debitore ed alla stretta della mano destra che ne era il suggello (116), egli poteva richiedere da lui un solenne giuramento (*iusiurandum*). Cicerone parla molte volte della

---

(115) Quali, privazione dei privilegi gentili o sociali, esclusione dal diritto di sepoltura nel sepolcreto comune, ammende pagate in bestiami o in gregge, ecc.

(116) Alcuni antichi scrittori (ad esempio Liv. I 21, 4 e XXIII 9, 3. — Plin. *n. h.* XI 45. — Serv. *in Aen.* III 687) dicono che il segno della *Fides* era nella mano destra e il darla (*promittere dextram*, — è questa la origine della parola « promessa »?) nello stringere un'obbligazione era simbolicamente un pegno di fede. Si veggano i testi che illustrano l'uso pratico e testimoniano del rispetto usato alla *Fides*, prima che straniera influenza e stranieri esempi corrompessero la probità e la buona fede dei Romani, in Lasaulx *Ueber d. Eid bei d. Römern* Würzburg 1844, p. 5 e seg. — Danz *Sacrale Schutz* p. 139 e seg. — Pernice *M. A. Labeo* I 408.

santità del giuramento e della sua potenza nel tenere gli uomini obbligati alla loro parola (117); e Gellio osserva (118) come rarissimamente si venisse meno ad un impegno assunto sotto gli occhi di una divinità (*deo teste*). Dionisio ricorda che l'altare d'Ercole (*ara maxima*), esistente secondo la tradizione, prima che Roma sorgesse, nel foro boario, era il convegno di quelli i quali volevano vincolarsi con patto solenne (119). Inoltre non può revocarsi in dubbio che, qualunque sia poi stata la sua condizione in un più recente periodo, lo spergiuro fosse punito, al tempo dei primi re, dalla disciplina pontificale.

Se il promissario desiderava una ancor maggiore e più sostanziale garanzia, egli prendeva qualche cosa in pegno dall'altro contraente; e, benchè non abbia titolo legale a ciò e quindi non possa ricuperare l'oggetto pignorato con giudiziale procedimento qualora ne perda il possesso, finchè lo ritiene, egli ha in sue mani *de facto* un incettivo all'adempimento del contratto; eseguito questo, egli può essere sforzato a rendere l'oggetto ovvero a sottostare ad una penale; non già per effetto dell'obbligazione risultante dal contratto di pegno, che non ha il diritto ancora riconosciuta, ma perchè ritenendo il pegno dopo che fu raggiunto lo scopo pel quale esso era stato costituito il pignoratario commetteva un furto e si esponeva alle pene relative (120).

---

(117) Per esempio in *De off.* III 31, 111.

(118) *Noct. Att.* XI 18, 1: « *Iusiurandum apud Romanos inviolate sancteque habitum servatumque est. Id et moribus legibusque multis ostenditur* ».

(119) Dion. Alic. I 40. — [In ciò si ravvisa la origine della *sponsio* come a suo tempo diremo. Dalle notizie degli scrittori si rileva che i contratti si facevano ad epoche fisse, tutte volte che i *Potitii* e i *Pinari* offrivano il sacrifizio all'Ercole dell'*ara maxima*, cioè ogni dieci giorni (onde il *trinundinum*). I Romani giuravano allora a capo scoperto, tenendo una selce nelle mani, fra le libazioni sacre].

(120) [Questo concetto trova appoggio nel fatto che anche più tardi si usò la *clausula doli* la quale sostituì la *clausula fiduciae*. Non è improbabile che anche prima della *fiducia mancipatoria*, si ricorresse, nel caso di pegno e simili, alla *fides* cioè alla promessa solenne di rendere l'oggetto dato in garanzia, in deposito, ecc. Questo stato di cose è consono alle idee antiche; ritenere il pegno se il debito è pagato può costituire furto quando l'elemento del *surripere* od *auferre* non è ancora necessario (infatti fino ai tempi

A quest'epoca la violazione di un contratto, come tale, non dava origine ad una azione per danni o riparazione innanzi ai tribunali; ma non è improbabile che quando una perdita era stata realmente cagionata la parte lesa poteva immediatamente farsi giustizia da sè con il sequestro di colui che ha fatto il danno o de' beni di lui. Il farsi giustizia da sè era in armonia con le idee dell'epoca; e non soltanto era ammessa la difesa personale in presenza di un imminente pericolo, ma ancora si consentivano misure attive tendenti ad ottenere riparazione i torti già consumati. La rivendicazione di un diritto da proprietà era originalmente, e forse ancora nei primi tempi dei re, una vera mostra di forza, una lotta fra le parti contendenti; e la *manus iniectio* e la *pignoris capio,* arresto di un debitore o sequestro dei suoi beni, erano atti non di usciere ma del creditore stesso, rimasti in vigore, con poche restrizioni di legge o di consuetudine, per tutta la repubblica.

Allo stesso modo è impossibile segnare, nella Roma regale, una recisa linea di demarcazione fra crimini offese e lesioni civili. Le offese contro lo Stato, come il trattare con il nemico per la distruzione di esso Stato (*proditio*), o i tradimenti interni (*perduellio*), erano certamente di competenza del pubblico potere, tanto nella prosecuzione quanto nella pena del reato. Ma nel caso di quegli che ha principalmente danneggiato un privato o il patrimonio di lui eravi molta confusione ed incertezza fra i tre sistemi della privata vendetta, della espiazione sacrale, e delle pene pubbliche o private (121). La coesistenza di questi sistemi si è voluta spiegare riferendola al

---

di Gellio (*n. a.* XI 18, 13) e Gaio (III 195) il delitto sta nell'*adtrectare* o *contrectare*) e quando v'ha *furto* anche degli immobili. — Sulla *fiducia* si vegga Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 238 *n.* — Secondo il professore Cogliolo, il pegno sorse non come obbligazione accessoria ma come mezzo di impedire od arrestare un procedimento esecutivo sulla persona; e probabilmente questo fatto fu il germe della *leg. act. per pignoris capionem* e della esecuzione reale].

(121) Vedi Abegg *De antiquissimo Romanorum iure criminali* Regiom 1823, p. 36 seg. — Rein *Das Criminalrecht der Römer* Leipzig 1844 p. 24 e seg. — Clark *Early Roman Law* p. 34 e seg.

diverso carattere delle razze che si unirono in Roma (122); questa considerazione certamente non deve essere trascurata. Ma la stessa varietà di sistemi si trova nella storia del diritto di altre nazioni, gli elementi originali delle quali non erano così misti; certo anche presso di esse l'ultimo sistema gradatamente guadagnò terreno sui più antichi e li sopraffece.

Cosa notevole in Roma è che la privata vendetta non solo lasciò traccie profonde, ma continuò ad essere in vigore. Essa fu certamente, ai tempi di Numa, un diritto riconosciuto della *gens* o dei parenti di un uomo assassinato; altrimenti la legge non avrebbe disposto che, quando un omicidio era dovuto a disgrazia, la offerta di un ariete fatta ai gentili dovesse appagare i mani del morto (123). Il vendicare la morte di un congiunto era, più che un diritto, un dovere religioso perchè i *mani* del morto avessero soddisfazione; e così forte era questa idea che, anche quando lo Stato ebbe avocato a sè la prosecuzione con pubblica azione dell'omicidio, un congiunto aveva tale imperioso obbligo di provocare l'intervento dello Stato che, ove egli fosse venuto meno a ciò, non gli era permesso di prendere cosa alcuna nella eredità del morto. Anche più legittima era la privata vendetta per un marito ed un padre i quali sorprendessero la moglie o la figlia in flagrante adulterio; essi potevano uccidere lei ed il suo drudo sul fatto; ma se essi avevano lasciato sbollire la collera loro dovevano uccidere la donna soltanto dopo averla condotta innanzi al tribunale domestico. Il taglione ammesso dalle XII Tavole (124), risente ancora della *vindicta privata* benchè praticamente esso non fosse più se non un incettivo a riparare le offese. Così la prigionia privata del debitore insolvente, quando ha contratto un *nexum,* nella casa del creditore, prigionia che non fu abolita prima del quinto secolo di Roma può dirsi convenevolmente, in vista delle crudeltà che troppo spesso

(122) Rein *op. cit.* p. 39 e seg.

(123) Si vegga la nota 101 ove è riportata la legge attribuita a Numa. — Clark *Early Rom. Law* p. 47 e seg.

(124) Gell. *n. a.* XX 1, 14.

la accompagnavano, risentire assai più della privata vendetta che della nuova pena e del nuovo procedimento in riparazione.

Expiatio, supplicium, sacratio capitis, si riferiscono piuttosto ad offese contro gli dêi di quello che contro qualsivoglia altro individuo o contro i beni d'alcuno. Ma è difficile segnare la linea fra le diverse classi di offese e determinare i caratteri del peccato, del crimine, e della ingiuria puramente civile contro le persone (125). Apparentemente la maggior parte delle offese ricordate specificatamente nelle così dette *leges regiae* e in altri monumenti del periodo regio erano riguardate come violazioni del diritto divino e le pene relative erano fissate in conseguenza di questo concetto. Però la prosecuzione di molte di tali violazioni era lasciata allo Stato od ai privati. Non è ben chiaro, invece, se vi fosse un sistema di pubblici procedimenti eccetto che pel tradimento e per l'assassinio; per quello perchè era essenzialmente una offesa allo Stato; per questo perchè ciò servì di spediente, relativamente recente, a reprimere le risse sanguinose, le quali potevano condurre a deplorevoli risultati quando amici e vicini intervenissero a difendere il ricercato assassino (126).

Molte offese erano represse con la *sacratio capitis*. La violazione dei doveri che risultano dalla relazione fiduciaria fra patrono e cliente, i maltrattamenti usati dal padre ai suoi figli, l'abbandono o l'uccisione di un bambino fatta dal padre contro le disposizioni di Romolo, la ri-

---

(125) Il Voigt (*XII Tafeln*. I 484) osserva che i patrizi consideravano le offese come fatte ad un tempo contro gli dèi e contro gli uomini e ritenevano che la pena soddisfacesse ad ambedue; quindi le frasi *deo necari*, *sacratio capitis*, e *consecratio bonorum*. I plebei invece dividevano questi due concetti: e (come appare dallo spirito delle XII Tavole) lasciavano ai pontefici di farsi proteggere dagli dèi e poneano sè in grado di difendersi con la pena di morte, con la addizione in ischiavitù, con dichiarazione di *improbitas* o di intestabilità, con il taglione e con pene pecuniarie.

(126) Sull'assassinio (*parricidium*) nella Roma regale vedi Osenbruggen *Das altrömische Paricidium* Kiel 1841, e le recensioni di Dollmann nei *Krit. Jahrb.* del Richter, XI 144 e seg (1842). — Clark *Early Roman Law* p. 41 e seg. [Per notizie particolareggiate e testi intorno a ciò vedi Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* cap. VIII e note relative, p. 115 e seguito.]

mozione delle pietre di confine, la uccisione di un bue da — lavoro, tutte queste erano offese capitali; l'offensore, con la formola *sacer esto,* èra devoto agli dêi infernali. Festo dice che quantunque le regole di diritto divino non permettessero che l'offensore fosse offerto in sacrifizio alla deità che egli ha in modo speciale offesa (*nec fas est eum immolari*), egli era così completamente fuori del campo del diritto e privo di ogni protezione che ognuno poteva ucciderlo impunemente (127). Ma, poichè la *sacratio* era di regola aggravata con il sequestro del patrimonio dell'offensore o di parte di esso per gli usi religiosi, è probabile che si prendessero cauzioni prima che il bando o la scomunicazione fossero giudiziariamente dichiarati. Da chi fosse pronunciata la pena non è ben chiaro se dai pontefici, dal re, o dalle curie (128). La proclamazione della sacertà deve inoltre aver liberato dal corruccio divino colui che avesse esercitata la privata vendetta sull'assassino quando pendeva il giudizio, quando cioè non sapevasi ancora se l'offensore ucciso era o non era *sacer* agli occhi della legge.

Che vi fossero moltissimi altri atti delittuosi ritenuti meritevoli nell'antica Roma di qualche espiazione o pena, oltre a quelli puniti di morte, consacrazione, sequestro dei beni totale o parziale, non può mettersi in dubbio; nessuna società è mai stata così felice da non conoscere nè furti nè rapine nè grassazioni. Le XII Tavole contengono in gran numero disposizioni relative ad essi; ma è probabilissimo che, almeno fino all'epoca di Servio Tullio, fosse lasciato alle particolari consuetudini di sta-

---

(127) Fest. s. v. *Sacer mons* p. 318 M. — Questa pena credono il Niebhur ed altri scrittori essere un avanzo dell'antico uso vigente in tutta la Italia preromana di sacrificare realmente vittime umane. Tale questione è dibattuta dal REIN *Crim D. R.* p. 33 e seg. Per la condizione dell'*homo sacer* vedi LANGE *De consacratione capitis et bonorum* Giessen 1867 e la letteratura ivi riferita a p. 9 e seg. — Vedi anche JHERING *Geist* I § 18.

(128) Festo, *l. c.,* dice che la *sacratio* era una sentenza del popolo convenuto in regolare assemblea. Ma egli si riferisce specialmente alla *sacratio* conseguente la violazione della *leges sacratae* dell'antica repubblica. — Più tardi questa *sacratio* fu sostituita con la *interdictio aqua et igni,* cioè con una sentenza di esilio.

bilire soddisfazione a simili offese ed ognuno si facesse giustizia da sè, salvo l'intervento del re quando paresse a lui che la parte ingiuriata si fosse spinta oltre i limiti di una giusta rappresaglia; spesso si acquetavano i contendenti con una composizione in denaro. Quando l'offesa era stata fatta nel cerchio della famiglia, della *gens*, e fors'anche del collegio, quegli il quale esercitava la giurisdizione sopra la corporazione, doveva giudicare della lesione, prescrivere e fare eseguire la pena.

CAPITOLO QUARTO.

Riforme di Servio Tullio (129).

§ 13.

Effetti delle sue riforme sul diritto e sulla proprietà.

Lo scopo delle riforme costituzionali militari e finanziarie di Servio fu di promuovere la eguaglianza fra plebei e patrizii. Quantunque sia controverso ancora se la istituzione dei comizii centuriati si debba a lui o se non sia piuttosto il naturale risultato delle sue disposizioni negli anni seguenti, tuttavia appare evidente che egli avesse la intenzione di ammettere i plebei ad alcuni almeno dei privilegi della cittadinanza, imponendo loro al tempo stesso una parte proporzionata di doveri e di pesi. Privilegi doveri e carichi erano certo commisurati alla condizione dei cittadini come liberi coltivatori; l'ammontare del patrimonio effettivo, con le accessioni relative, possedute da ciascuno per diritto quirizio determinava la natura del servizio militare che il cittadino doveva prestare, la quantità del tributo da pagarsi e, ammettendo che Servio abbia avuto di mira la creazione di una nuova assemblea, la influenza che egli poteva esercitare.

Per facilitare il suo progetto Servio stabilì un registro dei cittadini (*census*) il quale conteneva, oltre alla determinazione del numero dei membri d'ogni famiglia, un ragguaglio del valore delle terre private e dei redditi; questo registro era riveduto periodicamente. Per assicurare poi per quanto era possibile la legittimità del titolo e per evitare ai pubblici ufficiali brigose ricerche intorno al genuino e diverso valore di ogni cambiamento di proprietà denunciato, fu stabilito che nessun trasferimento fosse valido se non fosse stato fatto pubblicamente con la osservanza di certe solennità ovvero con cessione giudiziaria innanzi al supremo magistrato, *in iure cessio* (130).

---

(129) Huschke *Die Versassung d. Königs Servius Tullius* Heidelberg 1838.

(130) La natura della *in iure cessio* è spiegata nel § 30.

La forma di trasferimento così introdotta prese il nome di *mancipium* e in epoca più recente di *mancipatio;* le terre e le altre cose le quali dovevano rivestirsi di cotesta forma, furono dette — è di poco momento conoscere se fin da prima — *res mancipi.* Quindi sorse una distinzione importantissima nel diritto di proprietà [distinzione che fu abolita soltanto da Giustiniano più che mille anni dopo (131)] fra *res mancipi,* cose che si possono trasferir in proprietà quiritaria soltanto a mezzo di mancipazione o cessione in giudizio, e *res nec mancipi* o cose che si trasferiscono con la semplice consegna (132).

La mancipazione (133) è descritta da Gaio, ma con speciale riguardo al trasferimento di *res mancipi* mobili, come una vendita simbolica fatta in presenza di cinque cittadini testimoni e di un *libripens* che reca nelle mani una bilancia. Il cessionario, con una mano sulla cosa che si trattava di trasmettere, pronunciando certe parole di rito, dichiarava che la cosa in questione era sua per compera fattane con un *as* (che egli teneva nell'altra mano) e con la bilancia (*hoc aere aeneaque libra*); e contemporanea-

---

(131) *Cod. Just.* VII 31: *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.*

(132) [Si vegga Cogliolo *Saggi sopra la evoluzione del D. P.* Torino 1885 p. 24 e la nota *m* al capo XVIII della *Storia del D. R.* del Padelletti (2.ª ediz. Firenze 1886, p. 223) ove sono citati i testi antichi e gli autori moderni relativi alla differenza controversa. L'opinione del Cogliolo è alquanto diversa da quella del Muirhead; — anzitutto da Gaio II 21, argomenta che questa distinzione sia posteriore alle XII Tavole, ed opera dei giureconsulti. — Quindi ritiene che la differenza non fosse rigorosa, assoluta, che cioè la *mancipatio* si *dovesse* applicare alle *res mancipii* perchè queste passassero in proprietà quiritaria del cessionario e si *potesse* applicare alle *res nec mancipii* qualora ai contraenti, per maggior garanzia, così piacesse. Criterio della distinzione è l'importanza dell'oggetto del contratto; questa faceva sì che alcune cose si trasmettessero di regola con la *mancipatio,* altre con la *traditio;* quelle i giureconsulti dissero *res mancipii,* queste *res nec mancipii.*]

(133) Leist *Mancipation und Eigenthums tradition* Jena 1865, §§ 2-39 e recensione di Bekker in Krit. V. I. S. IX 232 (1867). — Jhering *Geist* II § 46. — Maine *Ancient Law* (9ª edizione) London 1883 pag. 318. — Clark *Early Roman Law* p. 108. — Bechmann *Gesch. d. Kaufes im Römische Recht* Erlangen 1876, §§ 5-36. — Voigt *XII Tafeln* I § 22; II §§ 84-88; 126. — [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 226 *o.* — Longo *La Mancipatio* Firenze 1886.]

mente egli toccava il piatto della bilancia con la moneta la quale allora egli trasmetteva al cedente per simbolo del prezzo [134]. La differenza principale quando si trattava del trasferimento di un immobile consisteva in ciò che la mancipazione non importava che fosse fatta sul luogo [135]; il terreno era semplicemente designato col nome ben noto che aveva nel catasto. Benchè questa fosse ai tempi di Gaio una vendita — simbolica nel fatto era un trasferimento formale basato sul relativo contratto — essa non fu sempre tale. La sua storia è semplicissima; l'uso della bilancia fissa la sua introduzione ad un'epoca nella quale ancora non si conosceva la moneta coniata ma il rame greggio era già divenuto misura del valore e in certo modo intermediario negli scambii. La *mancipatio* adunque non fu dei primissimi tempi di Roma. Allora e per lungo tempo appresso, i valori erano computati in bestiame o gregge, le ammende del pari [136] come anche i depositi giudiziarii della *legis actio sacramento* [137]. L'uso della bilancia come sostituto agli animali nelle transazioni private derivò probabilmente dalla Etruria. Il metallo, greggio o con conii stranieri, poteva essere usato nei pagamenti o nei mutui soltanto se misurato con la bilan-

---

(134) Gai. I 121.

(135) Gai. I 121. — Ulp. *Fragm.* XIX 6.

(136) « *Romulus..... multae dictione ovium et bovum — quod tum erat res in pecore et locorum possessionibus ex quop ecuniosi et locupletes vocabantur — non vi et suppliciis coercebat* ». Cic. *De rep.* II 9, 16. — La legge *aternia* del 300 u. c., nel fissare il massimo delle multe applicate dai magistrati, usò ancora di pecore e buoi; soltanto la *lex Julia papiria* del 324 li convertì in denaro. — Marquardt *Röm. Staatsverwalt.* lt. II 6. — *Pecus* diede il nome a *pecunia*. Varro *De l. l.* V 95.

(137) Huschke *Die Multa und das Sacramentum* Leipzig 1874 pag. 387. Le XII Tavole fissano l'ammontare di tale deposito in denaro. [Tutto ciò non basta a dimostrare la *modernità* relativa della *mancipatio*. Lo stesso Mommsen è in dubbio quando avverte che codesto atto è necessariamente posteriore *nella forma a noi nota* alla introduzione dell'*aes rude*, e con ciò allude ad uno stadio anteriore; evidentemente è tratto a questo dubbio da quel cumulo di prove di cui abbiamo parlato nella nota 60 esponendo la teoria del prof. Cogliolo intorno alla unicità originale delle forme giuridiche romane. Certamente Servio riordinò la *mancipatio* e la coordinò alle altre sue riforme ma tutto induce a credere che il *manum capere* esistesse assai prima come forma consuetudinaria e generale delle convenzioni importanti].

cia; in quantochè esso avesse valore pel peso e non per l'impronta. Non v'è alcuna ragione per credere che l'atto del pesare fosse un atto solenne, che avesse una propria funzione oltre all'evidente scopo di accertare che un venditore od un mutuante avevano avuto, in rame, la somma pattuita.

Questo uso semplice della pratica quotidiana nelle private trasmissioni fu da Servio adottato come base del suo mancipatorio trasferimento, aggiuntivi alcuni nuovi caratteri per ottenere pubblicità maggiore a sanzione dei rapporti patrimoniali e così rendere la *mancipatio* più atta alle traslazioni della proprietà censita. In luogo delle parti un terzo imparziale, forse un pubblico ufficiale (138), teneva la bilancia e cinque cittadini dovevano assistere all'atto come testimonii i quali facessero garanzia agli ufficiali del censo della regolarità della procedura. Da molti si dice che essi rappresentavano le cinque classi nelle quali Servio aveva distribuito il popolo e che così virtualmente rappresentavano lo Stato; il fatto che, quando le parti richiedevano la loro testimonianza, essi erano chiamati non *testes* ma *quirites* (139) dà qualche apparenza di verità a cotesta teoria. Si deve anche a Servio, pare, la introduzione di pezze rettangolari di rame di peso diverso ma accuratamente determinato; egli imprimeva il segno della sua autorità, con varie imprese, su coteste pezze, *aes signatum* (140), le quali vogliono alcuni siano

(138) Il DANZ *Gesch. d. R. R.* § 143 n. 6, riporta una iscrizione (Orelli *Inscr.* n. 4012 e Wilmanns n. 1895) ove due individui sono designati come: II VIRI. LIBRIPENDES. Le bilancie, infatti, possono essere state pubbliche pese. Varrone (*De L. L.* V 183) ricorda che ai suoi giorni una bilancia modello si conservava ancora nel tempio di Saturno. [Tutto ciò torna a conforto dell'ipotesi del COGLIOLO essere la *mancipatio* un contratto fatto soltanto in tempo di fiere o mercati, davanti al pubblico pesatore, e, come vuole il Muihread, davanti agli ufficiali di censo. Questa ipotesi si fa plausibilissima se si osservi che anche il sacrifizio all'Ercole dell'*ara maxima*, nel quale i Romani potevano prendere il solenne giuramento contrattuale da cui si svolsé poi la *sponsio* giuridica, facevasi, secondo Varrone, ogni *trinundinum*, cioè ogni terzo giorno di mercato].

(139) Gai. II 104.

(140) « *Servius rex ovum bovumque effigie primus aes signavit* ». Plin. *n. h.* XVIII 3. — Molti esemplari di queste monete esistono in vari musei.

sfate fatte per sostituirsi al metallo greggio, *aes rude* (141), che era in uso da prima ed in tal modo facilitare il processo di riscontro (142). Se così è, non è facile capire perchè la bilancia sia rimasta come elemento caratteristico delle convenzioni fino ai tempi delle XII Tavole; che cosa si sarebbe guadagnato pesando sulla bilancia dieci verghe che si sapeva avere ciascuna un dato peso? È molto più verosimile che esse verghe fossero fuse e coniate come misure da porsi in uno dei piatti della bilancia, mentre il metallo greggio da pesare era posto nell'altro piatto.

Non era, adunque, una vendita simbolica come Gaio la dice e come divenne nel quarto secolo dopo la introduzione della moneta coniata, il *mancipium* o mancipazione, ma, quale fu regolata da Servio, era una reale e completa vendita nel più stretto senso della parola. Non conosciamo però quali si fossero veramente le parole di rito rivolte dal cedente al cessionario e quale precisamente fosse la forma del cerimoniale. Ma ove si pensi che sarebbe stato pei cinque cittadini chiamati a compiere quel pubblico ufficio, un'intollerabile briga lo assistere all'atto quando si doveva pesare qualche migliaio di libbre di rame, si può supporre che sin da antico venisse in uso di consegnare da mano a mano il prezzo pagato prima, ripesando poi o fingendo di ripesare innanzi ai testimonii soltanto un piccolo pezzo di metallo — *raudusculum* (143) — che il cessionario consegnava al cedente come « prima ed ultima

(141) Varro *de l. l.* V 163. — Fest. s. v. *Rodus* p. 265 M.

(142) Il Mommsen, *Gesch. d. Röm. Münzewesens* Leipzig 1860, sostiene che la impressione stava a garanzia non del peso ma della purezza del metallo. È opinione di qualche giureconsulto che per fatto della pesa solenne con la bilancia le verghe impresse, le masse rozze di metallo, e le monete straniere acquistassero corso legale. Ciò è ad un tempo senza fondamento e privo di alcun significato. Il metallo non era denaro dopo che era stato pesato e consegnato al venditore o mutuatario più di quello che lo fosse prima — ma continuava a consistere in molte libbre di rame. Se alcuno doveva usarne il giorno appresso in una convenzione per *aes et libram* era costretto a pesarlo di nuovo.

(143) Di qui la richiesta fatta dal *libripens* al transferente « batti la bilancia con un piccolo pezzo di metallo » — *raudusculo libram ferito* — parole, dice Festo (s. v. *Rodus* p. 265 M), usate anche dopo che la moneta coniata (la quale era numerata e non pesata) ebbe preso il posto del rame greggio e

moneta » così rappresentando l'intera somma (144). Quale si fosse la forma di questo atto, suo effetto era l'immediato scambio della proprietà contro un prezzo misurato con la bilancia. L'obbligo che derivava al venditore di assicurare il titolo al compratore e le condizioni che potevano aggiungersi alla vendita a piacere delle parti — le così dette *leges mancipii* — saranno esaminati in relazione alle disposizioni delle XII Tavole su tale materia (§ 30).

Perchè questa forma di trasferimento prese il nome di *mancipium* o *mancipatio*, perchè quelle cose erano dette *res mancipi* le quali dovevano manciparsi o vendersi giudizialmente a ciò divenissero proprietà privata e quiritaria di una delle parti, e perchè alcune e non altre cose fossero incluse in codesta categoria, son questioni da lungo tempo vivamente discusse. La spiegazione di Gaio (145) che la mancipazione era così detta perchè in essa il cessionario deve prender con mano la cosa che si tratta di trasferire a lui (*quia manu res capitur*) è stata accettata da molti, troppo leggermente. Per quanto grande sia la sua autorità, Gaio non è però infallibile e tanto meno in questioni etimologiche. Anzi, appunto in ciò gli scrittori giuristi ed i grammatici romani difettavano grandemente, come provano le loro derivazioni in apparenza serie di *testamentum* da *testatio mentis*, di *mutuum* da *de meo tuum*, di *oratio* da *oris ratio* (146).

---

quando la bilancia era percossa con una vera moneta e non con un pezzetto qualunque di metallo.

(144) Questa ipotesi è suggerita dalle parole di rito nella *solutio per aes et libram* (Gai. III 173 e 174). Vi erano alcuni debiti dai quali il debitore si liberava completamente soltanto mediante il pagamento (negli ultimi tempi simbolico) *per aes et libram*, in presenza del *libripens* e dei cinque soliti testimoni. Fra le parole indirizzate al creditore dal debitore che eseguisce il pagamento vi sono le seguenti: *hanc tibi libram primam postremamque expendo*. La idea è evidentemente arcaica e le parole nel loro significato letterale sono affatto improprie per la mancipazione come era divenuta assai prima dell'epoca di Gaio.

(145) Gai. I 121 — [Per tali questioni vedi la nota 182 e i luoghi ivi citati].

(146) Vedi molti altri esempi in DUKERI *Opusc. de latinitate Icorum veterum* Leyden 1711 p. 462 [EMERTON in Law. quart. Rew. 1887, III fasc. 9 e Archiv. Giur. 1887, XXXVIII fasc. 1-2].

L'errore fondamentale sta nel credere che il significato della parola sia *manu capere* invece di *manum capere* (147). Non era luogo a *toccar con mano* quando si trattava della vendita di un fondo o di una casa, perchè non era richiesta la presenza delle parti sul luogo della cosa venduta (148); e nè quando si faceva la mancipazione di una servitù prediale perchè questa era intangibile. Come fu già osservato, l'antico diritto non ebbe parola per designare in modo speciale la proprietà. Il nome generico *manus* serviva a tale uopo; esso qualificava il potere o diritto di un capo di casa sulle persone e cose che erano a lui soggette (149). *Mancipere* o *mancipare* quindi era semplicemente acquistare la *manus*, cioè il dominio o la proprietà. Forse l'acquirente era detto qualche volta *manceps* (150). *Mancipium* o *mancupium* era usato in diversi ma affini significati e designava: — 1) il potere o signoria del *manceps,* come sinonimo di *manus* (151); — 2) la cosa sulla quale si ha la padronanza, ma specialmente gli schiavi (152); — 3) il procedimento giuridico pel quale alcune persone o cose *in manu mancipiove* erano trasferite ed acquistate (153). Da quest'ultimo significato di *mancipium* deve essere derivata la frase *res mancipi*, cioè *mancipii;* perchè, se invece provenisse dal primo senso

---

(147) Non si può argomentare da *usucapere* perchè questa parola significa realmente *manum usu capere.*

(148 Gai. I 121 — Ulp. *fragm.* XIX 6.

(149) Vedi sopra, nota 44. — Per esempio sull'uso della parola per designare il diritto su tutti i componenti la famiglia vedi ROSSBACH *Die Röm. Ehe* p. 28 e VOIGT *XII Tafeln* II 84. Quanto all'uso di essa in relazione alle cose se ne hanno prove evidenti nell'*in manum conserere* della azione sacramentale *in rem* (§ 34).

(150) La rotazione della parola è uguale a quella di *primus* in *princeps* e *principium;* di *avis* in *anceps, aucupium, aucupari* etc. — *Manceps* si trova, con significazione di proprietario, in Tertull. *De idol.* 1. — Sotto la repubblica decadente e nel primo impero la parola assunse vari significati pei quali vedi Forcellini.

(151) Come in Gell. XVIII 6, 9.

(152) Giust. *Inst.* I 3, 3.

(153) Come nella celebre disposizione delle XII Tavole: CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE UTI LINGUA NUNCUPASSIT ITA IUS ESTO. In ogni caso, senza eccezione, la procedura del *mancipium* aveva per effetto l'acquisto della

della parola, si sarebbe detto *res in mancipio;* è poi fuori questione che possa derivare dal secondo. Così si giunge alla stessa conclusione di Gaio (154) che *res mancipi* significhi una cosa trasmessa mediante mancipazione.

Secondo la enumerazione di Gaio e di Ulpiano le cose comprese nella categoria di *res mancipi* erano le terre e le case in Italia o in quelle provincie le quali godevano del *ius italicum* (§ 52), in altre parole terre e case possedute a titolo quiritario; erano ancora i diritti di via e di acquedotto, gli schiavi e gli animali domestici da soma e da tiro (buoi cavalli muli e asini). Tutte le altre cose, comprese le terre provinciali in genere (delle quali la proprietà spettava allo Stato) erano *res nec mancipi*. Ai tempi di Servio e durante la maggior parte della repubblica il territorio pubblico (*ager publicus*) in Italia, finchè non cadeva in proprietà di un privato, era egualmente considerato *res nec mancipi;* come tutte le altre cose della stessa classe, esso passava da proprietario a proprietario con semplice tradizione, là dove le *res mancipi* si trasferivano in piena proprietà soltanto per mancipazione o cessione giudiziale. Molte teorie furono escogitate per ispiegare la distinzione fra queste due categorie di cose, e determinare i criterii di selezione, pei quali furono ammessi nell'una i cavalli e i buoi, e furono relegate nell'altra le pecore e i maiali, le navi e i carri (155). Ma questa è realmente una piccola difficoltà. Nel sistema di Servio a determinare la natura e la estensione delle qualità politiche di un cittadino i suoi militari doveri e i suoi carichi economici, serviva il valore del suo *heredium* (e degli altri possedimenti, se ne aveva) e di quelle cose che potevano dirsi le accessioni di questo, gli

---

manus nell'antico significato della parola, — mancipazione delle cose, coemzione, adozione del *filius familias,* passaggio di quest'ultimo nella mano di un terzo come *mancipium* per metter capo alla sua emancipazione, ovvero passaggio di una donna che vuole liberarsi dalla *manus* maritale, abbandono in *noxa* del *filius familias* o dello schiavo alla parte lesa e *familiae emptio* del testamento *per aes et libram.*

(154) Gai. II 22.

(155) Si vegga un elenco delle principali *res mancipi* e *nec mancipi* in Danz *Gesch. d. R. R.* I § 119.

schiavi che lavoravano nella masseria, gli schiavi e gli animali da tiro e da soma che attendevano alla coltivazione del campo, e le servitù di via e di acqua relative. Può darsi che in progresso di tempo gli schiavi tutti senza eccezione fossero considerati come *res mancipi*, cioè senza riguardo se essi fossero impiegati nella propria loro casa o fondo, ovvero se attendessero a lavorare una qualche parte delle terre pubbliche data al loro padrone (§ 19); e ciò probabilmente, perchè essi erano spesso passati dall'uno all'altro luogo. Ma il gregge che altri pascolava sui pubblici prati, non era *res mancipi* più di quello che lo fosse una pecora sola [156]. Dire che le cose classificate come *res mancipi* furono scelte da Servio per quella categoria, perchè erano essenziali ad una famiglia occupata in lavori agricoli, sarebbe falsare in parte la verità. Esse costituivano la *familia* nel senso proprio di patrimonio famigliare (§ 99); invece il gregge e gli armenti e più tardi ogni altra cosa appartenente al *pater familias*, cadeva sotto la denominazione di *pecunia*. Così si chiariscono le parole della ben nota frase usata nei testamenti, *familia pecuniaque mea* [157].

§ 14.

Effetti incidentali delle riforme di Servio sul diritto famigliare successorio e contrattuale.

Parlando in un precedente paragrafo (§ 9) delle istituzioni famigliari dei plebei, si è detto che prima dell'epoca di Servio i plebei, almeno nel concetto dei patrizii, non avevano legittimi matrimonii (*iustae nuptiae*) quantunque fra di essi le unioni loro fossero considerate

(156) Ulpiano (*fragm.* XIX 1) nell'enumerare gli animali che erano *res mancipi* espressamente li restringe a quelli sottomessi al giogo o domestici; e Gaio, benchè in un luogo ricordi i buoi senza altra qualifica, in un altro (II 15) dice essere opinione di alcuni giuristi che gli animali non divengano *res mancipi* dalla nascita, ma soltanto quando sono domati od almeno quando hanno raggiunto l'età usuale per essere sottomessi al giogo od al freno.

(157) Gai. II 124.

valide e produttive se non di *manus* almeno, in ogni caso, di *patria potestas*. A ciò concorrono due ragioni: 1) che, non essendo cittadini, essi non avevano il fondamentale requisito delle *iustae nuptiae*, cioè il *conubium*, e 2) che, non essendo patrizii, non avevano diritto di usare della sola cerimonia giuridica che pel matrimonio si conoscesse. Il primo ostacolo fu rimosso quando essi furono ammessi da Servio agli ordinarii diritti di cittadinanza; il secondo quando fu introdotta la cerimonia del matrimonio civile detta *coemptio* che è un adattamento della *mancipatio* descritta nel precedente paragrafo (158). Quando l'efficacia della mancipazione come modo di acquisto della *manus* sulle cose fu riconosciuta codesta forma, in modo naturalissimo, fu usata dai plebei, fatti cittadini ed ammessi a godere del *conubium*, allo scopo di acquistare la *manus* sulle loro mogli (159). La bilancia, il *libripens*, i cinque testimonii, erano anche qui; ma, poichè non si doveva pagare alcun prezzo, il solo rame che faceva d'uopo era un singolo *raudusculum*. Le parole di rito, sfortunatamente non giunte fino a noi, erano necessariamente diverse da quelle di una mancipazione ordinaria (160). Secondo la testimonianza di gran numero d'antichi scrittori e come la parola stessa *coemptio* sembra indicare (benchè ciò sia controverso fra i moderni giureconsulti), la vendita simbolica era reciproca; l'uomo acquistava una *materfamilias*, la quale gli partorisse figli e perpetuasse la famiglia di lui, mentre che ella acquistava un *paterfamilias* che mantenesse lei durante il matrimonio e del quale ella prendesse parte alla successione quando restava vedova (161). Questa forma era

---

(158) Vedi ROSSBACH *Röm. Ehe* p. 65. — KARLOWA *Röm. Ehe* p. 43. — VOIGT *XII Tafeln* II § 158 e 159 [PADELETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 166 *I*].

(159) La *coemptio* non era necessaria alla *patria potestas*; questa, come la storia dell'ultima forma di matrimonio legittimo ampiamente dimostra, era una conseguenza necessaria e civile delle *iustae nuptiae* anche non precedute da confarreazione o da coemzione.

(160) Gai. I 123.

(161) Gai. (I 113) descrive la *coemptio* come una simbolica compra e vendita *per aes et libram* in presenza di un *libripens* e di cinque cittadini testi-

accompagnata da altre particolarità descritte da molti poeti, ma esse sono materia di usi e di modo anzi che di diritto; ed anche poteva essere e spesso era accompagnata da riti religiosi, i quali però erano private cerimonie e non avevano carattere pubblico come la confarreazione.

Conseguentemente alla introduzione della mancipazione

---

moni; ma disgraziatamente le parole con le quali termina il ms. — *a.* (asse) *emit eum mulierem cuius in manum convenit* — non indicano con certezza quale delle parti fosse il compratore nominale e quale il nominale venditore.

Il diritto comparato offre molti esempi di matrimonio per cattura evoluto in matrimonio per compera; da ciò alcuni scrittori arguiscono che come la storia del ratto delle Sabine, l'*hasta coelibaris*, la pretesa violenza nel togliere la sposa alla madre, ecc., alludono ad un'epoca nella quale il ratto era sistematico, così, poichè Gaio definisce la *coemptio* come vendita simbolica, deve esservi stato un momento nel quale essa era una vendita reale della sposa fatta dal padre o tutore, momento del quale la *coemptio* a noi nota è un ricordo modificato; in conseguenza in codesta forma lo sposo era il compratore, il *pat rfamilias* o tutore della sposa il venditore e la sposa stessa l'oggetto della vendita. Che vi sia stato un momento di transizione fra la cattura e la *coemptio* è più che probabile; ma non è vero che la coemzione dei testi conservi traccia di esso.

Si ponga mente a ciò: — 1) *Emere* nell'antico latino non significa necessariamente comperare per prezzo in denaro, ma semplicemente prendere, ricevere o acquistare: vedi Fest. v. *Redemptores* p. 270. M. — Paul. Diac. v. *Abemito* p. 4 M ed *Emere* p. 76 M; — 2) benchè la *coemptio* fosse una mancipazione, questa era usata per altri molti scopi oltre la vendita ed il trasferimento di *res mancipi*, ad esempio, pei testamenti, le donazioni, le adozioni e le emancipazioni; il toccar della bilancia con un pezzo di rame (e più tardi con una moneta) in presenza di testimoni era usato a cagione soltanto di dare solennità all'atto e di attestarne la perfezione; mentre la natura e lo scopo di esso erano definiti nelle parole contemporaneamente pronunciate; — 3) Cicerone e Gaio non usano mai la parola *coemere*, ma sempre *coemptionem facere;* e questa frase essi la applicano esclusivamente alla sposa, là dove *coemptionari* e *coemptionator* servivano a qualificare lo sposo; — 4) Servio, parlando della *coemptio,* dice (*in Aen.* IV 103): « *Mulier atque vir in se quasi coemptionem faciunt* », e (*in Georg.* I 31): « *Se maritus et uxorem invicem coemebant* »; — 5) Boezio (*in Cic. Top.* II 3, 14) citando a conforto l'autorità d'Ulpiano, dice: « *se se in coemendo invicem interrogabant* ... »; — 6) Isidoro (*Orig.* V 24, 26): « *Se maritus ed uxor invicem emebant, ne videretur uxor ancilla* »; — 7) Nonio Marcello v. *Nubentes* dice che in antico una donna andando a marito portava tre monete, una pel marito *tamquam emendi causa* e le altre pei *lares*, domestico e compitale.

fu adottato dai plebei uno spediente per disporre del loro patrimonio in vista di morte. L'essere stati essi innalzati al rango di cittadini, a quanto pare, non fruttò loro di essere ammessi ai comizii curiati; e, poichè dovevano passare molti anni dall'assassinio di Servio prima che le centurie fossero convocate in comizio, essi non avevano ora alcun mezzo di fare testamento, a meno che forse sul campo in procinto della battaglia. Pertanto essi trassero partito della mancipazione, non già per fare un testamento il quale istituisse eredi e prendesse effetto soltanto dalla morte del testatore (in quanto che la forma della transazione, consistendo nell'immediato acquisto di un oggetto quale correspettivo di un prezzo reale o simbolico, non potesse piegarsi a ciò senza l'intervento di una

---

Innanzi a tutte queste testimonianze è evidentemente impossibile accettare nè la opinione prevalente che lo sposo era il compratore nè quella dell'HOLDER (*Die Römische Ehe* Zurich 1874 p. 20 e seg.) il quale sostiene che la condizione di compratore è quella della sposa e che lo sposo è l'oggetto della compera. — La vera natura di questo contratto invece sembra essere una compera reciproca o piuttosto, come Boezio dice, compera rispettivamente di un *paterfamilias* e di una *materfamilias*. L'obbiezione generalmente fatta a questa ipotesi — che un uomo non può vendere *sè stesso* — è d'assai poco valore. Perchè non potrebbe egli fare quello che fa la donna? Si dice che ella, se *filiafamilias*, è venduta dal padre, se *suis iuris*, dal tutore; ma la seconda parte di questa asserzione non è conciliabile con quello che Gaio (I 190) e Ulpiano (XI 25) affermano: — i tutori non agire mai *per* le loro pupille puberi ma soltanto sanzionarne gli atti e non esservi eccezione a questa regola per la coemzione (Gai. I 115 e 195) — e la prima parte è contradetta da un giudizio di Paolo conservatoci nella *Collatio* IV 2, 2: quando una *filia familias* passa *in manum mariti* l'atto essere fatto da lei personalmente e il padre di lei esserne soltanto l'*auctor*. La vendita, in fine, di un uomo fatta da sè stesso per mezzo dell'*aes et libram* nessun testo conforta a credere non fosse possibile; per vero non poteva alcuno vendersi schiavo o quasi schiavo, ma Gaio dice espressamente (I 123) che ciò non implicavano le parole usate nella coemzione.

Per tutto ciò io son tratto a credere che nel testo del ms. di Gaio si abbia qui una lacuna e che l'ultima riga in questione dovesse leggersi: — « *asse* [*emit vir mulierem quam in manum recipit* (vedi Gai. II 98), *et invicem*] *emit eum mulier cuius in manum convenit* ». — L'ipotesi dell'HUSCHKE è simile; infatti nella 4.ª edizione di Gaio egli ha: « *asse emit eum* [*mulier et is*] *mulierem cuius in manum convenit* »; ma a questa lettura si oppone, poichè *viri* non si trova nel periodo, che l'*eum* e l'*is* non hanno antecedenti.

disposizione legislativa) ma per dare la *familia* (162) del transferente ad un amico, tecnicamente detto *familiae emptor,* sotto condizione — fiducia — di lasciare al testatore fin che vive l'uso del patrimonio mancipato (163) ed alla morte di lui di distribuirlo secondo la mente del trasferente ogni qualvolta questi non lo avesse autorizzato a ritenerlo per sè (164). Come in molti altri atti dell'antico diritto le terze parti erano senza protezione di legge per ottenere quello che il trasferente aveva voluto stabilire a loro vantaggio; esse non avevano azione contro il fiduciario per sanzione della fiducia; la sola garanzia loro stava nella integrità del fiduciario stesso e nel suo rispetto alla *fides*. Questa alienazione *mortis causa* ma *inter vivos* precorreva il testamento *per aes et libram* del quale sarà parlato (§ 32) in relazione con le disposizioni delle XII Tavole in materia successoria.

Dionisio attribuisce a Servio più di cinquanta provvedimenti relativi ai contratti e ai delitti, provvedimenti

---

(162) *Familia* era il nome collettivo dell'*heredium* e delle altre terre di un cittadino, con gli schiavi relativi e le altre appartenenze mancipabili (§ 13 in fine), — un aggregato di *res mancipi*, come tale esso stesso capace di mancipazione. Il trasferimento facevasi dell'insieme cioè le parti dell'aggregato, quantunque in parte mobili, non era necessario che fossero mancipate separatamente o toccate nell'atto. A quanto pare la *pecunia* non era compresa nella *familia* della quale era un accessorio e quindi doveva essere espressamente ricordata.

(163) Sir HENRY MAINE (*Ancient Law* p. 206) è di opinione che la mancipazione, non ammettendo nè condizioni nè termini, togliesse immediatamente al transferente l'uso del patrimonio; — ma ciò non era di necessità. Infatti era la più naturale delle cose che il transferente nel fare la mancipazione si riservasse un usufrutto vitalizio (Gai. II 33); e la riserva di un usufrutto sulla propria *familia* doveva potersi fare molto più facilmente di un ordinario usufrutto. — [La ragione giuridica di ciò vuolsi vedere nella elasticità, per così dire, della *lex mancipii* o *nuncupatio* la quale permetteva ogni sorta di determinazione o qualificazione dell'*oggetto* dell'atto benchè questo non ammettesse *in sè* gli accidenti dei più evoluti negozi giuridici. Si veggano in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 228 esempi e testi a prova di ciò].

(164) È incerto quale fosse la esatta posizione dei beneficati di fronte al defunto, dopo che avevano compiuto l'incarico fiduciario. Erano obbligati a conservare i *sacra* della famiglia del morto? non potevano certamente essere considerati come eredi perchè essi mancavano di tale carattere. Forse

che codesto autore dice essere stati sottomessi all'assemblea delle curie e da questa approvati [165]. Questa notizia non può accettarsi così come è data. Che alcune di tali leggi siano state da lui stabilite, sia da solo sia con il concorso delle curie, come quella che impone la confisca del patrimonio, la fustigazione e la vendita in ischiavitù al di là del Tevere di quel cittadino il quale non denunzia periodicamente lo stato della sua famiglia al censo, può ammettersi senza difficoltà; ma la maggior parte di esse forse altro non era se non una formulazione del diritto consuetudinario per l'uso dei giudici privati in cause civili, i quali si vuole abbia Servio istituiti. Vi era un contratto, tuttavia, noto negli anni appresso sotto il nome di *néxum*, che evidentemente subì l'influenza, diretta o no, della legislazione serviana. Nella sua condizione normale esso era un mutuo di denaro, o, meglio, di rame greggio. Se prima del tempo di Servio il *nexum* avesse altre formalità oltre alla pesa del rame sulla bilancia (il che era più sostanziale che formale) noi non sappiamo; ed è ancora incerto quale diritto esso *nexum* conferisse al creditore sul debitore che mancava al pagamento. Ma alcuni testi ci dicono che, nell'esercizio di una illimitata esecuzione privata, gli insolventi erano trattati con estrema severità, potendo essere presi in pagamento e tenuti in catene dai loro creditori; così si vuole che Servio abbia promesso di pagare egli stesso i loro debiti per liberarli e di fare una legge per limitare ai beni dei debitori il diritto di esecuzione di quelli che prestano denaro ad interesse [166]. Se egli mantenne la prima parte della sua promessa non sappiamo; ma la seconda parte era praticamente ineffettuabile, in quanto che se un debitore veniva meno al pagamento del denaro preso a prestito, nella maggior parte dei casi era da attribuirsi alla sua insol-

---

fu a proposito di queste persone che i pontefici cominciarono a modificare le regole relative ai *sacra*, adottando come principio fondamentale: « *ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret, iis essent a adiuncta ad quem eiusdem morte pecunia veniret.* » Cic. *De leg.* II 19, 47.

(165) Dion. IV 13.

(166) Dion. IV 9 e 11.

venza ed alla mancanza di mezzi con i quali soddisfare ai suoi creditori. Pertanto, come pare, Servio rimase contento a regolare i contratti, a dar loro pubblicità, a concedere al creditore un diritto di privata esecuzione con la *manus iniectio* ed a permettere la prigionia del debitore con la osservanza delle prescritte formalità del *nexum*. Queste consistevano nella pesa del rame che si faceva per prima cosa sulla bilancia tenuta dal *libripens* officiale; nella pesa consecutiva di un sol pezzo di rame in presenza di cinque testimoni cittadini e la sua consegna per parte del mutuante come simbolo dell'intera somma (167) con la pronuncia simultanea di certe parole di rito che avevano per effetto di imporre al mutuatario l'obbligo di rendere il denaro, con gli interessi di regola, a un dato giorno. Le conseguenze di questo contratto, uno dei più antichi contratti speciali del *ius civile*, saranno più distesamente prese in esame in un prossimo paragrafo (§ 31).

La estensione della solennità del *mancipium* a transazioni così diverse, come al contratto del *nexum*, alla *coemptio*, all'adozione, all'emancipazione di un *filius familias*, alla soluzione di un debito ed al testamento, parve ad alcuni essere indizio di gran povertà d'invenzione negli antichi giureconsulti romani. Ma la critica è ingiusta. Si è già notato (§ 13 n. 153) che in ciascuno di codesti contratti si trova la stessa idea fondamentale — l'acquisto della *manus* nel senso originale della parola (168); in cia-

---

(167) Vedi nota 143.

(168) Così era anche nel caso di *nexum* e in quello di *solutio* da un debito contratto a mezzo di *nexum* o riconosciuto con sentenza Nel primo caso, in grazia dell'imprestito fatto, il creditore acquistava un potere sul suo debitore che gli dava diritto ad arrestarlo e sostenerlo in carcere; nel secondo, come conseguenza del mutuo reso o della sentenza eseguita, il debitore si scioglieva da quel potere (*me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*. Gai. III 174); in altre parole egli riacquistava sopra di sè la *manus* la quale pel *nexum* o pel giudicato era stata concessa al creditore (vedi §§ 31 e 36) — [Il VOIGT modifica la formula della *solutio per aes et libram*. Per essa vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 257 *e*. — Lo stesso autore, e la sua opinione è seguita dal COGLIOLO *l. c.* p. 256 *d*, nega che il *nexum* per sè conferisse al creditore un diritto assoluto di dominio o di *manus* come è ammesso dalla *communis opinio*. — Per vero questo diritto sarebbe soggetto a modalità in-

scuno la procedura tendeva ad assicurare la deliberazione di quelli che partecipavano all'atto, permettendo condizioni, pubblicità e memoria delle *res gestae* non meno che delle parole scambiate. Questi resultati si raggiungevano non con lo scrivere e sottoscrivere e sigillare, ma con l'attestare e il ricordare; e codeste solennità od alcune di esse non avevano riferimento alla natura speciale della materia dell'atto. Gli antichi Romani non avevano l'uso di conservare memoria delle cose loro con la scrittura. Ma la procedura nel suo complesso era una garanzia pei contraenti; il toccare il piatto della bilancia con un pezzetto di metallo era segno della perfezione del contratto non meno che l'uso di un sigillo; e l'atto che si compiva interamente innanzi a cinque testimonii, come rappresentanti pubblici, i quali erano obbligati per legge a prestar testimonianza quando ne fossero richiesti (169), era il miglior sostituto ai pubblici registri che la civiltà di quei tempi potesse creare.

---

conciliabili con la sua rigorosa natura, dovendo il creditore condurre il debitore insolvente in sua casa, trattenerlo per sessanta giorni, quindi, allora soltanto, non conservarlo ma venderlo come schiavo. Se dal *nexum* sorgesse la *manus* tutto ciò non sarebbe necessario e il debitore insolvente diverrebbe schiavo dal momento della scadenza, se pure l'antico diritto permetteva che un diritto come la *manus* fosse ottenuto *sotto condizione* di eventuale insolvenza per mezzo della *mancipatio* e fosse sottomesso a tante restrizioni nel suo esercizio. Per altre ragioni più particolari e basate sui testi si vegga il Cogliolo *l. c.* p. 256 *d* e 328 *g*. — Vedi anche *infra* n. 377.]

(169) Le XII Tavole, secondo Gellio (*n. a.* XV 13, 11) disponevano che se alcuno ha consentito a fare da testimonio o ha funzionato da *libripens* e poi rifiuta quando ne è richiesto di testimoniare degli atti ai quali ha assistito, debba essere ritenuto disonorato ed incapace di mai più prestare testimonianza o di prendere parte alcuna ad atti che richieggano l'assistenza di testimoni: *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, inprobus intestabilisque esto.* — Forse qualche cosa di simile stabilì Servio in precedenza. [Sulla *testificatio* vedi Padalletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 304 *m*.]

§ 15.

Organizzazione giudiziaria e penale (170).

Ben poco si può dire intorno ai procedimenti giudiziarii sì civili che penali del periodo regale innanzi a Servio. Il Clark, parlando della procedura criminale, riassume così — assai bene — le scarse nostre notizie sulle funzioni giudiziarie del re: « Il re, come giudice, qualche volta si giovava dell'aiuto di un concilio, qualche volta, forse in casi di minor importanza, delegava i suoi poteri giudiziali a *judices* individuali; era aiutato nella istruzione dei delitti capitali dai *quaestores parricidii*, e, a suo libito, nominava straordinariamente in caso di tradimento i *duumviri*. Forse da questi ultimi si poteva appellare all'assemblea del popolo, ma non per espressa disposizione di legge — questo è quanto noi possiamo ammettere con qualche probabilità di certezza ». Sarebbe tuttavia erroneo il credere che il re soltanto fosse investito di giurisdizione criminale. Anche il *paterfamilias*, assistito in casi gravi da un concilio, era giudice nell'interno della famiglia; la sua giurisdizione qualche volta escludeva quella dello Stato, qualche volta concorreva con essa; egli non era neppure tenuto ad osservare le sentenze assolutorie pronunciate dal potere pubblico. Egli soltanto era competente a conoscere delle accuse fatte ad un membro della famiglia per offese contro l'ordine domestico, come adulterio o impudicizia della moglie o della figlia, immoralità dei figli, cattiva condotta dei dipendenti e dei clienti; e vi sono testimonianze dell'intervento giudiziario del *paterfamilias* in offese quali assassinio o furto commesso da un membro della sua famiglia contro un estraneo e financo in caso di tradimento contro lo Stato (171). Morte,

(170) Clark *Early Roman Law* p. 54-108. — [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.*, p. 115 e seg.; 133 e seg.; 307 e seg.; 335 e seg.]

(171) Vedi molti esempi di ciò in Voigt *XII Tafeln* II § 94; essi sono però tutti più recenti del periodo regio; ma poichè, per la crescente influenza delle centurie, la tendenza spingeva a ristringere anzi che ad aumentare i poteri del *paterfamilias*, si può ritenere che nei primi anni di Roma la sua autorità giudiziaria fosse grande almeno tanto quanto lo era sotto la repubblica.

servitù, esilio, espulsione dalla famiglia, prigionia, catene, sferzate, privazione di *peculium*, erano le pene che aveva a sua disposizione; ed è stato già osservato che nell'imporle egli poteva meglio di un tribunale pubblico tener conto dell'elemento morale del misfatto. — Intorno alla giurisdizione criminale delle *gentes* si hanno scarse notizie; ma la organizzazione loro era tale che è impossibile non credere essere state esse all'occasione chiamate ad esercitare tali funzioni; come, per esempio, nel decidere se ha meritata la pena della *sacratio capitis* il gentile accusato di aver posto a morte un suo figliuoletto prima che questi avesse raggiunto, secondo la legge di Romolo, il terzo anno d'età, o di aver violati i suoi doveri verso il cliente, secondo la legge di Numa. Non si deve perdere di vista che, poichè l'assassinio sembra essere il solo crimine pel quale era assolutamente vietata la privata giustizia, la funzione giudiziaria dei re fu certamente pochissimo estesa; infatti la pubblica opinione invece di condannare approvava che ognuno si facesse giustizia da sè finchè si manteneva entro i limiti stabiliti dall'uso e dal costume.

Il vincolo fra la giurisdizione civile e criminale, se mai ve ne fu uno, fu molto poco evidente. Il furto e il latrocinio, per esempio, se si può argomentare dai concetti della più recente giurisprudenza, erano riguardati non come pubbliche lesioni ma come offese private; così quando un ladro era preso sul fatto, di notte, egli poteva essere ucciso; di giorno, venduto come schiavo. Non è a dubitare che nel primo caso, forse fino all'epoca delle XII Tavole, non fosse ammessa l'immediata vendetta senza alcuna parvenza di processo, il vendicatore assumendo sopra di sè le conseguenze del fatto se per avventura egli ha errato nell'imputare malvagie intenzioni all'uomo del quale ha sparso il sangue. Nell'altro caso un errore era improbabile; e si può vedere agevolmente come vi fosse agio all'arresto immediato del malfattore sì che la vendita oltre Tevere poteva farsi dalla parte danneggiata senza uopo di autorizzazione giudiziaria. Ma in ambedue i casi può ritenersi che in pratica fin d'antico — come più tardi fu stabilito dalle XII Tavole — il ladro potesse

comporre in denaro l'offesa per aver salva la vita od essere libero, così che la giustizia privata portava un reale vantaggio alla parte danneggiata meglio che nol facesse la pena pubblica sul malfattore. Nelle minaccie, nei furti non manifesti e in altre minori lesioni, l'interesse privato condusse presto ad adottare generalmente la pratica delle composizioni; queste che in origine erano in facoltà dell'offeso, più tardi passarono in diritto; e poichè poteva esservi qualche difficoltà e dissenso nel determinare l'ammontare della composizione, si rese necessario il ricorso ad un terzo. Ciò, pare, dette origine alla giurisdizione regia in tali materie. Il re naturalmente era la migliore persona alla quale deferire tali controversie; perchè egli soltanto, come supremo magistrato, aveva il potere di usare mezzi coercitivi a prevenire che la parte danneggiata insistesse nel suo diritto di privata giustizia quando egli aveva dichiarato sufficiente la riparazione profferta da colui che aveva cagionato il danno. Ma l'offeso aveva integro il suo diritto di farsi giustizia da sè, qualora il compenso che era stato riconosciuto legittimo fosse rifiutato dall'offensore; non può ragionevolmente porsi in dubbio che così fosse nel periodo regio quando in epoca molto più recente si vede che la parte lesa è autorizzata ancora, in tal caso, ad esercitare la sua vendetta sull'offensore arrestandolo e sostenendolo in carcere.

Non è certamente così facile sapere in qual modo i re abbiano acquistata la giurisdizione in questioni di diritto quirizio, come nelle controversie intorno a proprietà, eredità e simili. Per vero, entro alla famiglia tali questioni sono impossibili; insorte fra gentili, potevano essere risolte dalla *gens* o dal capo di lei. Le parole di rito usate nella azione reale *per sacramentum* alludono ad un periodo nel quale la lancia scioglieva la controversia, le parti contendenti, assistite forse dai loro gentili o amici (172) erano veri combattenti, e la vittoria

(172) Il comando del pretore alle parti di andare sul luogo *suis utrisque superstitibus praesentibus,* che Cicerone (*p. Mur.* XII 26) trova assurdo, è evidentemente un ricordo di ciò.

decideva del diritto. Tale procedura non potè sopravvivere lungo tempo alla costituzione regolare dello Stato. In Roma, fin da remotissimo tempo, pare che le si sostituisse l'uso — come dall'andamento della *legis actio* si può argomentare — di sottomettere la questione di diritto ai pontefici, depositari della dottrina legale.

Questa ipotesi non è in opposizione con il noto passo nel quale Cicerone afferma che nel più antico periodo regio — contrariamente alla pratica più recente — un cittadino privato non agiva mai in qualità di giudice od arbitro in questioni civili (*lis*), e che queste erano rimesse sempre al tribunale del re (173); perchè quest'ultimo può appunto essere stato formato dai membri del collegio dei pontefici de' quali il re era il capo ufficiale. Ma le loro vere funzioni erano le sacre. Alle questioni di diritto puramente civili, quando queste furono fatte di loro competenza essi innestarono l'elemento religioso richiedendo da ciascuna delle parti un giuramento sulla verità della contesa. La sentenza poi stabiliva nella forma quale dei due giuramenti fosse falso e quindi chi dovesse fare le necessarie espiazioni; in sostanza però la decisione era data sulla vera questione controversa; e la parte in favore della quale era pronunciata era libera di farla eseguire, al-

(173) « *Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis sed omnia conficiebantur iudiciis regiis* » Cic. *de Rep.* V 2, 3. — Gli antichi scrittori, Cicerone in ispecie, sembrano distinguere *lites* da *iurgia*; ma fra i moderni v'è gran differenza di opinioni nello stabilire se la distinzione era ben fondata e, in caso affermativo, che valore aveva. Se il KARLOWA (*Röm. Civ. Proz.* §§ 1-6) non erra (quantunque la sua opinione offra molte e serie difficoltà) nell'asserire che *lites* sono le controversie 1) che si basano sulla legge o su consuetudini fissate e certe (le quali si contengono, secondo codesto autore, nell'ordinario significato della parola *lex*) e 2) si fanno valere con *legis actio sacramenti* o (più tardi) con *legis actio per condictionem*, là dove *iurgia* sono le contese 1) fondate su quell'*ius* indefinito del quale il re il console o il pretore nell'esercizio della loro *iurisdictio* erano gli interpreti, e 2) portate a conoscenza del magistrato sotto forma di domanda per la nomina di un giudice (delegato: *legis actio per iudicis postulationem*), — se questa ipotesi è vera, il campo dell'intervento del re in materie giudiziali sarebbe materialmente determinato. Ma la sola cosa, della distinzione controversa, assolutamente certa è che le questioni dibattute *per sacramentum* e (più tardi) *per condictionem* erano *lites* e non *iurgia*.

l'uopo, con l'ordinario mezzo della giustizia privata (174). Di Servio, Dionisio dice — usando, come spesso fa, un linguaggio più conveniente al periodo repubblicano che al regio — che egli tirò una linea di separazione fra i procedimenti giudiziarii pubblici e i privati; e che, mentre ritenne i primi in sue mani, egli delegò gli ultimi a giudici privati regolando la procedura da seguirsi nelle cause portate innanzi ad essi (175). L'affidare a privati cittadini, scelti a caso e agenti secondo le istruzioni del pretore, l'ufficio di giudici invece che ad ufficiali permanenti creati all'uopo, fu uno dei più notevoli caratteri del sistema romano e contribuì grandemente allo sviluppo di quel criterio giuridico che doveva dare tali ammirevoli frutti. È interessante, tuttavia, ricercare se Servio avesse realmente qualità di giudice privato. Le sue riforme in altro campo furono tali da rendere imperioso un cambiamento negli ordinamenti giudiziari esistenti. Egli aveva accresciuto grandemente il numero dei cittadini (cioè di quelli che erano ammessi quindi innanzi a godere i privilegi del diritto quiritario) e moltiplicato in conseguenza le fonti di controversie future che dovevano essere risolte dai tribunali. Probabilmente, se v'è qualche cosa di vero nella notizia che fa Servio autore di una cinquantina di leggi su i contratti e su i crimini (176), egli cercò di formulare alcune regole per restringere la giurisdizione privata e per assicurare una certa uniformità di pratiche nella tassazione delle composizioni o dei compensi per le lesioni di minor momento. Tutto questo aggravava il peso dell'ufficio giudiziario; di guisa che la notizia della istituzione fatta da Servio di *iudices* privati, i quali funzionassero per incarico di lui quando egli trovava una giusta azione da giudicare, è più che credibile.

Rimane adunque a sapersi se era intenzione di Servio

---

(174) Per maggiori particolari vedi *infra* § 34.

(175) Dion. Alic. IV 25.

(176) Dion. IV 13. — Esse *furono rivocate* dal suo successore al trono, secondo che dicono gli scrittori; ma sarebbe meglio usare la frase « *furono ignorate* » perchè la maggior parte di esse, a quel che pare, erano non provvedimenti comiziali ma soltanto istruzioni ai *judices* di corto istituiti.

che quei giudici non avessero un carattere ufficiale e se fossero scelti caso per caso di fra i cittadini patrizii in numero ordinariamente di uno (*unus iudex*) o se egli stabilisse un tribunale o più tribunali collegiali. Pomponio allude a due di tali corti, a quella dei *centumviri* e a quella dei *decemviri litibus iudicandis*. Il tribunale centumvirale (177) e le cause centumvirali sono spesso ricordate da Cicerone ed il campo della loro giurisdizione sembra avere compreso ogni possibile controversia di *manus* nell'antico senso della parola, — stato individuale, proprietà coi suoi vantaggi e pesi, eredità testata ed intestata; in altri termini, tutte le questioni di diritto quiritario. Ai tempi di Gaio la competenza di questo tribunale era, a quanto pare, ristretta alle questioni di diritto sollevate in una eredità *ex iure civili;* ma la lancia, emblema del diritto quiritario in genere, era ancora la sua insegna (178). Noi non abbiamo alcuna precisa notizia intorno all'esistenza di esso innanzi al principio del sesto secolo (179); ma la natura della sua giurisdizione e la considerazione che il trapasso da un tribunale di un giudice ad uno di cento è il rovescio di quello che la esperienza della procedura romana ci avrebbe condotti ad ammettere, inducono a credere che la origine di questo numeroso tribunale sia

---

(177) Bibliografia: SCHNEIDER, *De C. virali iudicio apud Romanos* Rostochii 1834 e recensione fattane dallo ZUMPT nei *Krit. Jarhb.* del Richter III 475 (1839). — C. G. ZUMPT *Ueber Ursprung, Form, u. Bedentung d. Centumviralgerichts* Berlin 1838. — HUSCHKE *Serv. Tullius* p. 585 e seg. — BACHOFEN *De Romanorum iudiciis civilibus* Gottingen 1840 p. 9 e seg. — PUCHTA *Institut.* I § 153. — KELLER *Röm. CP.* § 6. — BETHMANN-HOLLWEG *Gesch. de CP.* § 23. — CLARK *Early Roman Law* p. 103 e seg. — KARLOWA *Röm. CP.* p. 247 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 306 i].

(178) « *Hasta signum iusti dominii ; . . . unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur* » Gai. IV 16. — Pomponio (in Dig. I 2, 2, 29) designa questo tribunale con le parole *hasta* e Svetonio (*Aug.* 36) con *centumviralis hasta*.

(179) Paul. Diac. (nei suoi *excerpta* e Festo, v. *Centumviralia*, p. 64 M) dice che quando le tribù furono portate a 35 (a. u. 513) furono da ciascuna eletti tre membri perchè fungessero da giudici (*electi ad iudicandum*) e che, sebbene il loro numero fosse così di 105, essi eranoc iò nondimeno chiamati *centumviri* a cagion di semplicità.

relativamente antica e si debba forse a Servio. Ma è impossibile ritenere, nonostante che tragga autorità dal Bethmann Hollweg (180), che esso fosse una corte plebea, composta di plebei, e intesa ad amministrare la giustizia soltanto fra cittadini plebei; con ciò si urterebbe contro la tenace tradizione che attribuisce ai patrizii il monopolio del diritto (181) fino alla divulgazione della raccolta flaviana cioè fino alla metà del quinto secolo e si renderebbe inintelligibile quello che Livio dice degli onori resi a Gneo Flavio dai plebei riconoscenti. Esso deve essere stato, originariamente almeno, un tribunale di patrizii con giurisdizione in questioni di diritto quiritario tanto fra patrizii quanto fra plebei.

Pomponio narra ancora (182) che subito dopo la creazione del secondo pretore (la quale cade nel 507 in circa) alcune persone, sotto nome di *decemviri litibus iudicandis*, furono incaricate di presiedere la Corte centumvirale. Si è cercato di identificarle con i *iudices decemviri* ricordati nelle *leges sacratae* che seguirono la seconda secessione nel 305 u. c. e di portare la loro istituzione alquanto più addietro, riferendola a Servio Tullio. I *decemviri* di Pomponio possono essere stati i successori di quelli ai quali alludevano le leggi valerie-orazie e che erano da esse dichiarati inviolabili al pari dei tribuni e degli edili. Ma non vi è alcuna ragione per collegarli con le riforme serviane. I decemviri delle leggi valerie-orazie erano ufficiali plebei, che funzionavano sotto la direzione dei tribuni e degli edili e non possono avere avuto origine prima della istituzione del tribunato (183).

---

(180) *Gesch. d. CP.* I 57 e seg.

(181) Liv. IX 46, 5. — Vedi anche Cic. *pro Mur.* XI 25.

(182) In Dig. I 2, 2, 29.

(183) Le teorie escogitate intorno alle corti centumvirale e decemvirale sono assai varie. Alcuni identificano i *centumviri* col s nato Romuleo di cento e i *decemviri* con i suoi *decem primi*. — Così: Sanio *Varroniana in d. Schriften d. Röm Juristen* Leipzig 1867 p. 123. — Kuntze *Excurse* p. 115. — Karlowa *Gesch d. CP.* p. 249 con maggiore ampiezza nelle argomentazioni. — Altri, quali il Niebuhr, il Bachofen ed il Bethmann-Hollweg, attribuiscono la istituzione di ambedue codesti tribunali a Servio Tullio. — Altri ancora, come C. G. Zumpt ritengono che essi siano stati introdotti all'epoca

Che Servio sostituisse al re ed ai pontefici una corte numerosa di cittadini per risolvere le questioni di diritto quiritario delle quali egli voleva sbrigarsi, è perfettamente in armonia con lo spirito generale delle sue riforme. Non soltanto, infatti erano chiamati a comporre le private discordie, ma ancora dovevano creare con le loro sentenze un diritto che divenisse di generale e permanente applicazione; e poichè ciò sorpassava la competenza dei re, non era forse il miglior sostituto una corte di consiglieri funzionanti sotto la direzione dei pontefici (184)? Vi erano però molti casi i quali, pur richiedendo l'assistenza giudiziaria, non offrivano questione di diritto quiritario da determinarsi e consistevano soltanto in personali reclami. Tali materie si pensava non involgessero alcun principio generale di diritto, ma piuttosto fossero pure dispute o dispareri intorno a fatti, che ben potevano essere decisi da un solo giudice. A risolvere queste questioni fu creato appunto l'*unus iudex*, nominato volta per volta ed agente realmente come delegato del re. Questo fu l'inizio di un sistema che doveva portare mirabili frutti negli anni seguenti e tôr di mezzo completamente il grave tribunale dei *centumviri* (185).

---

della formulazione delte XII Tavole; — là dove il PUCHTA l'HUSCHKE e il KELLER attribuiscono a Servio la creazione del decemvirato, ma ritardano la introduzione del centumvirato fino al sesto secolo almeno.

(184) Pomponio dice (Dig. I 2, 2, 6) che anche dopo le XII Tavole il collegio dei pontefici annualmente eleggeva uno dei suoi membri a presiedere i processi giudiciali privati.

(185) [L'A. non dà una idea troppo chiara del modo con cui si potevano far valere in quest'epoca i diritti privati innanzi a codeste corti od ai giudici serviani; nè dice come si formasse in Roma il concetto di un'*actio* distinta dalla procedura o svolgimento giudiziale della *actio* stessa. È impossibile credere che a quest'epoca l'azione come ente giuridico a sè non esistesse perchè, come il prof. COGLIOLO nei suoi *Saggi sulla evoluzione del D. Priv.* p. 101 dimostra, il concetto di *ius* è conseguente al concetto di *actio*; questa essendo il riconoscimento ufficiale o giuridico, che dir si voglia, di quello. — All'epoca delle XII Tavole troppe azioni vi sono perchè non si debba ammettere uno sviluppo anteriore e intermedio fra la *vindicatio* unica forma antica, rispondente alla unicità del diritto o *manus* e le *legis actiones* delle leggi decemvirali. — Vero è che *actio* ha significato molto più generico nel diritto antico; e comprende tutto che si compie con solennità

di atto e di parola a scopo di riconoscimento giuridico; ma poichè la ragione di cotali solennità, specialmente della assistenza dei testimoni, sta appunto nella realizzazione del diritto posto in essere con l'*agere* (*per aes et libram?*), si fa chiaro alla prima come *actio* rimanesse a significare il diritto in istato contenzioso e realizzabile. Si vegga poi in COGLIOLO, *Evoluzione* l. c., l'ampia dimostrazione della identità di *actio* e *ius* e si cfr. PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 299 *b*; 311 *a*.

La *vindicatio* fu certamente la forma di privata giustizia sulla quale si modellò il primo rituale di procedura giuridica; da lei si svolsero le *legis actione per sacramentum* (col *meum esse aio*, il *manum conserere*, il *mittere hominem*, il tocco della *vindicta*), *per manum iniectionem* e *per pignoris capionem*. Non è qui luogo a dimostrazioni in proposito ma si argomenti dai luoghi citati in PADELLETTI-COGLIOLO *ut supra* e p. 302 *c*.

[Quanto al tribunale dei *centumviri* ed a tutta la organizzazione procedurale antica vedi la dotta memoria del PADELLETTI nell'*Archiv. Giur.* vol. XV.]

PARTE SECONDA.

IL IUS CIVILE

CAPO PRIMO.

Avvenimenti storici che influirono sul diritto.

§ 16.

Il passaggio dal re al console (186).

Lo stabilimento del consolato non raggiunse quei felici risultati che erano sperati da tutti quelli che si erano allietati della espulsione dei Tarquinii. Le guerre di rappresaglia, che ne seguirono, costarono a Roma parte del territorio di lei. L'influsso della ricchezza etrusca subitamente diminuì; ed il ritorno degli emigrati toscani alle città natie, arrestò la tendenza commerciale e mercantile che aveva preso a svilupparsi. Un importante ramo della industria fu così sacrificato e le classi più povere dovettero ridarsi alla piccola agricoltura per averne di che vivere, ma dai proprietari furono accolti con poca simpatia. Benchè nelle città del Lazio quelli del popolo, a quanto pare, abbiano sempre avuto grado di cittadini e parte sostanziale tanto del governo quanto dei doveri militari e finanziarii, tuttavia in Roma essi erano praticamente ben lontani da tale condizione, perchè la costituzione dell'assemblea centuriata era tale da concedere loro soltanto nominalmente il diritto di voto. L'oppressione patrizia divenne ben presto più grave e più insopportabile di quello che era stata nell'ultima parte dell'epoca regia. I consoli erano potenti quanto lo erano stati i re; perchè

(186) [Bonghi *Storia di Roma* Milano 1884 p. 242 e seg.; p. 562.]

avevano lo stesso *imperium* conferito nel medesimo modo; in virtù di questo potevano fare quei decreti credessero opportuni e sanzionarli coattivamente con poco rischio di essere costretti a dimetter l'ufficio (perchè erano responsabili soltanto dinanzi ai comizii delle centurie) finnon facevano cosa alcuna per limitare i privilegi od offendere i pregiudizii di coloro dai quali erano in realtà eletti. Avevano, è vero, le maggiori facoltà per alleviare la condizione dei plebei, per sedare le contese e fondere i diversi elementi del volgo in una compatta ed omogenea comunità; ma non potevano cercare di avvantaggiarsi della loro posizione quando quei pochi i quali erano animati da più nobili sentimenti dovevano guardarsi dal cadere in sospetto al loro ordine, questo usando punire di morte o di esilio chiunque osasse resistergli. I tempi troppo erano avversi. Continue guerricciuole stremavano le risorse degli agricoltori e li intricavano nei debiti, dai quali era loro quasi impossibile di conservarsi esenti; debiti contratti coi patrizii mutuanti, perchè la alta casta monopolizzava la piccola ricchezza della quale Roma ora poteva disporre. I patrizii avevano ammassati grossi patrimoni in parte coll'affittare i loro possedimenti nell'*ager publicus* ai loro clienti o nel farli lavorare dai proprii schiavi, ed in parte con l'inumana severità verso i loro debitori; i pegni dati da questi, infatti, erano ben di rado riscattati; a tale che essi dovevano, come estrema risorsa, troppo spesso obbligare sè stessi ai loro creditori per averne nuovi prestiti.

L'inevitabile risultato di questa miserevole condizione dei plebei fu un vivo sentimento di ostilità da parte loro contro i patrizii e il nuovo ordine di cose; ostilità che si manifestava non solo in individuali lamenti ma in generale e pervadente spirito di malcontento. Infatti, mentre già desideravano realmente l'eguaglianza dei diritti politici e la partecipazione ai più sostanziali privilegi goduti dai loro concittadini patrizii, furono indotti dai mali trattamenti di questi ultimi, ad unirsi per un'azione comune; così si spinsero fino a formare una quasi corporazione entro i limiti delle loro tribù, stabilendo a proprie divinità tutrici (in rispondenza alla divina

triade del Capitolio) *Liber*, *Libera* e *Ceres*. Trovatisi così in condizione di far causa comune efficacemente, spesso rifiutarono di seguire i patrizii nelle campagne militari, e tre volte uscirono in corpo dalla città, minacciando di separarsi completamente da Roma. In tali occasioni furono indotti a recedere dalla presa risoluzione, soltanto per la tarda promessa di ovviare alcune delle più opprimenti angherie, promessa che fu tradotta in leggi sotto sanzione di giuramento (*leges sacratae*), e per l'appello fatto al loro patriottismo ed al comune interesse in faccia al nemico.

§ 17.

Ineguaglianze politiche rimosse.

I plebei alla fine raggiunsero la politica eguaglianza con i patrizii non già in seguito ad una riforma comprensiva e ben ordinata, suggerita da considerazioni di equità, ma in grazia di provvedimenti parziali strappati di tanto in tanto ai patrizii contro la loro volontà e quando Roma era in pericolo per intestine discordie o per esterne minaccie. La prima secessione nel 260 u. c., fatta per sdegno delle non approvate proposte di M. Valerio tendenti ad alleviare la condizione de' debitori insolventi, portò alla istituzione del tribunato. La legge che lo stabilì fu il risultato di un trattato fra i due ordini, trattato solenne al pari di quelli conclusi con le cerimonie feziali fra due Stati indipendenti. Con la instituzione della nuova magistratura i plebei ottennero un potere fondamentale che li pose in buona condizione per le future contese: perchè nei loro tribuni, di cui le persone erano dichiarate sacre ed inviolabili e di cui il numero in processo di tempo fu portato a dieci, essi ebbero una rappresentanza la quale poteva ufficialmente esporre i loro lamenti ed una protezione, chè i tribuni entro la città potevano arrestare la esecuzione di un decreto o la leva per una campagna, potevano imporre multe a quelli che avessero disobbedito agli ordini loro, potevano tradurre in giudizio un console per mancanze relative alla sua ufficiale qualità e pote-

vano prevenire la elezione di nuovi magistrati quando i reclami erano da troppo lungo tempo inascoltati.

Una maggiore compattezza raggiunsero i plebei, come potere dello Stato, in grazia del riconoscimento costituzionale della competenza elettiva e legislativa dei loro concilii (*concilia plebis*) che avvenne l'anno 283 (187). Questi adunque per la prima volta presero posto fra le istituzioni di pubblico interesse e le loro risoluzioni divennero d'autorità incontestata fra gli stessi plebei: benchè essi vincolassero tutti i cittadini soltanto quando, come spesso accadeva, avevano sanzione da un *senatus consultum* (188).

La seconda secessione nel 305 riuscì ad abbattere il decemvirato che era stato creato per dare effetto alle domande de' plebei reclamanti la codificazione del diritto, e fu seguita immediatamente dalle leggi valerie orazie le quali ristabilirono il regime precedente e fra le altre cose disposero che fosse consacrato a Giove il capo, a Cerere i beni di colui il quale avesse nociuto ad un tribuno della plebe, ad un edile, ovvero da uno dei decemviri *stlitibus iudicandis* (189).

Gli edili sono qui considerati come quelli che prima uscirono dalla istituzione del tribunato; essi erano gli assistenti dei tribuni; avevano la sovrintendenza dei mercati nei quali i plebei disponevano i loro prodotti, erano i guardiani del tempio di Cerere (190) ove specialmente dovevano attendere alla custodia dei senatoconsulti resi a conferma di plebisciti. I *iudices decemviri* probabilmente devono la loro creazione ai tribuni stessi; sembra infatti

---

(187) La legge icilia, autorizzante i tribuni che presiedono un'assemblea di plebei a prevenire con mezzi efficacissimi ogni intromissione dei patrizi, è attribuita da Dionisio all'anno 262; alcuni storici, fra gli altri lo Schloegler, dubitano della esattezza di questa data.

(188) Come nel caso della legge terentilia la quale mise capo alla compilazione delle XII Tavole, e della legge canuleia che sanzionò i matrimoni misti fra patrizi e plebei, ecc.

(189) [È congettura del Mommsen che la legge *valeria horatia de trib. potestate*, ricordata da Liv. III 55, riguardi i *Xviri stlit. iud.* — Gaddi *Cronologia delle leggi c. r.* p. 522].

(190) Alcuni ritengono che l'originale qualifica ufficiale di essi fosse *aediles Cereris*.

che essi fossero giudici in cause civili sorte fra plebei e loro rimesse da un tribuno o da un edile.

Secondo il Mommsen la creazione dei comizii delle tribù è dovuta alle stesse leggi valerie orazie (191). Se così è, ciò deve essere stato fatto non tanto per favorire i plebei quanto per indebolire il potere dei tribuni. Perchè la nuova assemblea, simile al *concilium plebis,* era basata sulla divisione locale in tribù con voto tripartito, ma vi partecipavano e patrizii e plebei; la potevano convocare e presiedere soltanto i magistrati patrizii. Era questa, adunque, una parvenza soltanto di concessione alle preferenze dei plebei per l'ordinamento in tribù, perchè il magistrato che convocava codesta assemblea aveva ad esclusione d'ogni altro il diritto di enunciare le proposte che dovevano esserle sottoposte. Si aveva questo vantaggio; che le deliberazioni di essa erano *leges* anche senza il senatoconsulto ratificante; ma si aveva anche questo svantaggio, che al pari delle deliberazioni delle centurie esse non potevan prender posto fra le leggi senza l'autorità dei padri (*auctoritas patrum*); questa però in epoca recente divenne formalità di poco momento e fu dopo la *lex publicia* del 415 data in precedenza. Quale si fosse l'esatto rapporto nel quale si trovavano costituzionalmente le due assemblee l'una di fronte all'altra, eravi abbastanza differenza fra di esse per prevenire una fusione; ciascuna viveva di propria vita; l'una era convocata e presieduta da un console e dal pretore, l'altra sempre da un tribuno; i comizii delle tribù si occupavano della eventuale legislazione generale in materia di diritto privato; il concilio della plebe, più attivo delle altre assemblee, portava la propria attenzione alla riparazione delle offese che fossero state fatte specialmente ai suoi proprii membri. A quest' ultima assemblea, per divenire organo efficace del maccanismo legislativo come gli altri comizii, mancava soltanto che le sue deliberazioni fossero considerate come *leges* senz'uopo di conferma per senatoconsulto. Livio dice

(191) MOMMSEN *Röm. Forsch.* I 164. Egli crede che il passo di Livio « *ut quod tributim plebs iussisset, populum teneret* » debba leggersi: « *quod tributim populus iussisset...* » — Vedi KARLOWA *Röm. R. G.* p. 118 e seg.

che la legge publicia del 415 mirò a questo scopo ma nessuna altra autorità appoggia il racconto liviano. Fu in grazia della legge ortensia del 467, votata immediatamente dopo la terza secessione, che l'emendamento, se mai fu prima proposto, fu alla perfine definitivamente accettato: « *essa dichiarò* » dice Gaio « *che i plebisciti avrebbero efficacia universale e così li pose in condizione di eguaglianza con i provvedimenti comiziali* ». E da questo tempo si può a pena dubitare che i patrizii, ora ridotti a numero insignificante, come casta, fossero liberi di partecipare al voto delle loro tribù nella assemblea plebea ogni qualvolta loro piacesse. Non meno risoluti e fortunati furono i plebei nelle loro pretese di essere ammessi agli onori politici. Ma fu lotta più aspra. L'argomento contro il quale prima e poi si abbattevano era che il governo supremo della repubblica, fondata da una divinità e da divinità protetta, non poteva cedere alle mani di persone escluse in ogni generazione dalla comunione con gli dêi (*auspicia*); era che il commettere le *res divinae* della città a profani avrebbe richiamato su di essa la collera divina. La prima esplicita controversia su ciò si ebbe nel 309. Una disposizione delle XII Tavole pochi anni prima aveva dichiarati illegittimi i matrimonii fra patrizii e plebei. C. Canuleius fece votare nel concilio della plebe l'abrogazione di codesta legge ignominiosa affermante l'ineguaglianza sociale e politica; ed aggiunse che il consolato doveva essere aperto ai plebei. Con queste deliberazioni egli si presentò al Senato (al quale i tribuni potevano intervenire, senza però diritto di voto) e domandò un senaconsulto a loro conferma. Dopo molto dibattere, dopo molte sprezzanti accuse alla rilassatezza dei vincoli matrimoniali dell'ordine inferiore non sanzionati dagli auspicii e non celebrati con sacrificii, dopo molte declamazioni più o meno sincere sulla divinità della repubblica, il Senato si persuase di accettare la prima disposizione ma rifiutò di adottare la seconda. Canuleio rimase contento alla sua vittoria pensando, e gli eventi provarono che egli aveva ragione, che ottenuti i matrimonii misti in diritto ed in fatto, pochi anni sarebbero bastati tanto a togliere ogni distinzione quanto a ren-

dere relativamente facile il conseguimento della completa eguaglianza. I colleghi di lui, tuttavia, insistettero per la prosecuzione della seconda deliberazione. Il risultato fu un compromesso pel quale si stabilì che invece dei consoli sarebbero stati eletti, tre per ordine, sei tribuni militari con potere consolare; ma, benchè la nuova magistratura fungesse, passarono più di quattro anni prima che i plebei avessero luogo in essa.

Nel 378 una ancor più ardita proposta fu fatta da C. Licinius Stolo, uno dei tribuni il quale aveva condotta in moglie la figlia di un patrizio di gran nome, e da L. Sextius collega di lui. Essi sottoposero tre rogazioni alla assemblea della plebe; — la prima chiedeva che i consoli fossero di nuovo eletti in luogo dei tribuni militari; — la seconda esigeva la occupazione delle pubbliche terre (§ 19); — la terza si occupava del diritto dei debitori (§ 20). Queste proposte furono prontamente accettate dai plebei ma, una prima volta, respinte dal Senato. Nove anni durò la contesa ed otto volte le stesse misure furono votate dall'una assemblea soltanto per essere respinte dall'altra. Tutte queste volte Licinio ed i suoi colleghi furono regolarmente rieletti dai loro grati e risoluti elettori; e negli ultimi cinque anni, sperando di indurre il senato a più miti consigli, codesti tribuni usarono del voto loro ad impedire la elezione dei magistrati supremi. Fu soltanto in vista di una imminente guerra con Velitra che il patriottismo di Licinio lo indusse a desistere. Questa tolleranza fu ricompensata; perchè nel 387 egli ebbe il contento di vedere accettate le sue proposte, e, l'anno seguente, eletto a primo console plebeo il suo collega L. Sextius. Ma questi nella sua carica rimase privo di alcune prerogative; perchè, come il *regimen morum* ed il controllo virtuale alla ammissione in Senato (*lectio senatus*) era stata tolta alla competenza consolare ed affidata ad un censore patrizio quando fu stabilito il tribunato militare, così la suprema magistratura giudiziaria (*iurisdictio*) fu disgiunta dal consolato quando questo fu aperto ai plebei e fu rimessa ad un pretore patrizio; contemporaneamente la custodia dei templi fu commessa agli edili curuli. Non a lungo, tuttavia, durò la distinzione.

Con la ammessione al consolato, il resto pei plebei fu questione di tempo soltanto. Nel termine di trent'anni infatti la dittatura la censura la pretura avevano cessato di essere cariche esclusivamente patrizie. L'ultimo posto fu conquistato con la legge ogulnia del 454 la quale chiamò i plebei al pontificato; benchè soltanto nel 502 un plebeo realmente attingesse la suprema dignità di *pontifex maximus.*

§ 18.

Indeterminatezza del diritto.

Gli ultimi re, ad eccezione dell'ultimo, cercando di cattivarsi i plebei i quali Cicerone dice che essi riguardavano come una sorta di clienti regi, curavano che la giustizia fosse amministrata alla plebe nelle loro private relazioni, se non come a cittadini ammessi a richiedere la protezione della legge, almeno come a soggetti. Ciò perchè denegar loro giustizia poteva considerarsi violazione del dovere patronale; sarebbe stato in ogni modo un grave errore politico.

Le pretese cinquanta leggi di Servio su i contratti e su le offese non erano probabilmente altro che una serie di istruzioni a coloro i quali egli delegava a funzionare da giudici sotto la sua direzione; ma il fatto che la tradizione le attribuisce a Servio indica memoria di uno sforzo fatto da lui per assicurare che l'amministrazione della giustizia non fosse negletta nè lasciata al capriccio del giudice o al caso in guisa da applicare oggi una norma domani un'altra. Con il consolato e la desuetudine delle leggi ed istruzioni dei re tutto ciò fu cangiato. I consoli, aggravati dalle cure militari, potevano disporre di poco tempo per accudire alle loro funzioni giudiziarie od anche per istruire quelli ai quali essi delegavano il dovere di investigare e giudicare le ragioni dei querelanti. Inoltre il cambiamento annuale dei magistrati doveva esser un serio ostacolo alla uniformità delle regole e della pratica fintantochè il diritto rimase allo stato di consuetudini non scritte. Si può ben credere, quando i

rapporti fra i due ordini erano così tesi, che non di rado un console gravasse con straordinaria severità in grazia dei suoi poteri punitivi (*coercitio*) il plebeo caduto sotto di essi, o che facesse orecchie da mercante ai reclami rivoltigli. Questo stato di cose era divenuto così intollerabile che nell'anno 292 fu fatta domanda da C. Terentilio Arsa, uno dei tribuni, a ciò fosse nominata una commissione per determinare stabilmente in iscritto i poteri dei consoli, in guisa da porre un freno agli arbitrii loro nella prepotente ed oppressiva applicazione di quello che chiamavano diritto. I suoi colleghi lo indussero a non insistere pel momento nella sua domanda, la quale egli sollecitava con una violenza di linguaggio poco opportuna al raggiungimento dello scopo. Ma negli anni seguenti fecero causa comune con lui, richiedendo che tutto il diritto pubblico e privato fosse codificato e la indeterminatezza di esso fosse al possibile rimossa. Dopo un lasso di pochi anni trascorsi infruttuosi per varii pretesti furono presi gli accordi preliminari per dare effetto alla domanda che in sè stessa era troppo ragionevole per essere oppugnata; e negli anni 303 e 304 si videro i risultati di essa nelle XII Tavole, che divennero le basi della maggior parte del *ius civile*. La loro storia fonti e contenuto saranno spiegati più avanti.

§ 19.

Le pubbliche terre.

L'uso del territorio acquistato con l'armi, specialmente di quella parte che non era stata distribuita gratuitamente (*ager assignatus*) nè venduta (*ager quaestorius*) ai cittadini in privata proprietà, fu in tutti i tempi sorgente di grandi asprezze e controversie. Varie erano le condizioni con le quali si ottenevano questi terreni. Le terre coltivate all'epoca della conquista o almeno la parte presa agli antichi occupatori, era di regola ceduta a breve termine contro il correspettivo di un annuo canone (*vectigal*); i pascoli migliori erano allo stesso modo distribuiti, ma il canone (*scriptura*) era proporzionato al numero dei be-

stiami che vi dovevano pascolare. Le terre non coltivate (*agri occupatorii*) erano lasciati in balìa del primo occupante quando questi fosse disposto a riconoscerne la proprietà allo Stato mercè il pagamento di una decima di tutti i prodotti e di un quinto di tutti i frutti pendenti raccolti da lui. Le terre di questa specie quando erano occupate da un privato erano tecnicamente designate con il nome di *possessiones* e il conduttore dicevasi *possessor*. Non essendo capaci di cedere in privata proprietà, benchè potessero essere trasferite con vendita donazione o successione, queste terre non figuravano mai in catasto al nome dei loro occupanti; per esse non si rendeva servizio militare e nè si pagava tributo; il che dava loro molta importanza. Da esse i patrizii traevano la maggiore ricchezza, potendo per mezzo dei loro clienti liberi e schiavi, renderle molto produttive senza molti sforzi. Per lungo tempo essi ne ebbero il monopolio; non già per diritto ma per forza di consuetudine e per la loro personale influenza. La esclusiva occupazione di codesti terreni nei primi anni di Roma fu giustificata dalla semplicissima ragione che essi soli erano cittadini; ma anche quando i plebei furono ammessi nella città ed il territorio crebbe largamente, rifiutarono di abbandonare alcuna delle pretese che essi tentavano di sostenere con il fondamento dei privilegi patrizii. Quel che è peggio, trascurarono di pagare il canone, onde le rendite dello Stato ne furono di assai diminuite. I pascoli erano in gran parte trattati nello stesso modo; l'uso di essi, negato ai cittadini dell'ordine inferiore, era dal Senato ristretto ai patrizii ed a pochissimi membri, i più ricchi, della classe plebea, i quali spesso riescivano ad evitare il pagamento della loro tassa mercè l'indulgenza dei questori incaricati di esigerla. Il maggior sopruso però consisteva in ciò che mentre i plebei erano soggetti al tributo pei loro bestiami con i quali essi lavoravano i loro poderi, gli armenti dei patrizii si nutrivano sui pascoli pubblici, e, non essendo quindi *res mancipi*, erano immuni da tali imposizioni.

Il primo serio tentativo per togliere questi sconci fu fatto da Sp. Cassio in cooperazione con i tribuni nel-

l'anno 268. Egli mirava a tre cose — a porre un limite ai privilegi usurpati dai patrizii, ad ottenere l'esazione dei canoni già scaduti e dovuti per le *possessiones* ed i pascoli, ed a conseguire la immediata distribuzione di alcune delle terre, di corto conquistate, fra i cittadini più poveri pel valore dei quali si erano avute. Il suo disegno fallì; ma le susseguenti rogazioni agrarie si modellarono su di esso, e, di regola rinnovate subito dopo alcune nuove conquiste, furono più fortunate. Ma per l'intero *ager publicus* essi non riuscirono a migliorare la condizione di quelli per vantaggio dei quali codeste rogazioni erano accettate. Un povero plebeo non era in grado di coltivare con profitto nulla più del piccolo pezzo di terra a cui bastasse l'opera sua e quella dei suoi figli, ed anche questo ben presto cadeva nelle mani di alcuni capitalisti, sia per vendita, sia per espropriazione di pegno. Così, nonostante tutti gli sforzi della legislazione per ripartire le terre, queste continuarono ad accumularsi nelle mani di pochi. Perciò la legge licinia sestia agraria del 387 dispose, che nessun cittadino potesse ritenere più che 500 iugeri di terra arabile o far pascolare più che cento buoi e cinquecento pecore nei pubblici pascoli; e che coloro i quali occupavano le terre arative dovessero impiegare nel lavoro tanti uomini liberi quanti schiavi. Benchè con varii artifizii le restrizioni imposte fossero facilmente deluse, tuttavia la votazione della legge fu in sè una dichiarazione che se il privilegio dei gentili esistette mai, ora non era più riconosciuto. Scopo delle ulteriori leggi agrarie fu in genere di strappare parte dell'*ager publicus* ai loro possessori per distribuirlo (*assignare*) in proprietà ai cittadini più poveri; la legge licinia aveva tolto per sempre ai patrizii ogni pretesa di diritto ad occupare esclusivamente le terre pubbliche.

§ 20.

La legge su i debiti.

I tumulti e le sedizioni così frequenti in Roma durante i primi due secoli della repubblica sono di regola attribuiti dagli storici agli abusi della legislazione feneraria anzi che ad altre cause sociali o politiche. Le condizioni dei più poveri plebei erano tali da rendere loro impossibile di evitare imprestiti gravosi. Le scarse loro rendite dipendevano dalla regolare coltivazione dei pochi acri di terra da loro goduti e da ciascuna operazione dell'anno agricolo, essendo queste fatte con una data rotazione alla propria stagione. Ma queste operazioni erano sempre e di nuovo interrotte dalle guerre che distoglievano i plebei da casa al tempo della semina o a quello della raccolta; ciò rendeva praticamente infruttiferi i possedimenti loro e lasciava essi e le loro famiglie in distrette per le più urgenti necessità della vita. Un povero coltivatore, in tal caso, non poteva evitare di ricorrere ad un capitalista e torre a mutuo grano o denaro. Ma questi prestiti non erano fatti senza pegno e raramente senza interesse; — non già che il mutuante dubitasse della onestà del suo debitore e della buona volontà di pagarlo; ma eravi il pericolo che nell'anno seguente un'altra guerra potesse di nuovo interrompere le operazioni agricole, lasciare il mutuatario senza raccolti e rendere impossibile il pagamento. Così, mentre gl'interessi si accumulavano ed aumentavano periodicamente il capitale, nuovi prestiti anno per anno dovevano essere fatti finchè almeno rimaneva qualche acro per servire di garanzia; privo di ogni altra proprietà il debitore poteva ancora dare sè stesso al suo creditore in servitù *de facto,* la quale aveva il suo fondamento nel contratto *per aes et libram,* tecnicamente detto *nexum,* le origini del quale furono esposte più sopra (§ 14). Ciò era cattivo in sè, orribile poi ne' pratici abusi; — perchè non contento all'opera servile che esigeva dal suo debitore, troppo

spesso il creditore lo aggravava di catene, lo lasciava languire di fame, lo sferzava come se realmente e propriamente avesse a fare con uno schiavo e non con un cittadino romano. Che i *nexi*, nonostante la loro cattività, fossero ancora liberi e cittadini è dimostrato chiaramente dal fatto che molte volte, quando eravi scarsità di combattenti innanzi al nemico che si approssimava, i creditori erano obbligati a rilasciarli pel tempo della campagna, salvo a reclamarli quando questa era finita. A tale giunse questo stato di cose di poter contare a migliaia i *nexi* e di essere quasi giustificato il detto di Livio (VI 36) che ogni casa patrizia fosse divenuta una privata prigione. Perciò avvenne, come abbiam detto, che per lungo tempo il capitale si accumulasse nelle mani dei patrizii quasi esclusivamente; avvenne che questi fossero i mutuanti e gli oppressori ed i poveri plebei i mutuatari e gli oppressi. Molti furono i tumulti e frequenti le rivolte cui questo stato di cose dette origine; e difficilmente doveva essere altrimenti. Non erano bancarottieri fraudolenti o speculatori negligenti quei miserabili che di tempo in tempo, con le spalle piene di cicatrici, con gli abiti in brandelli, e famelici in vista, apparivano sul mercato a narrare la storia del loro fallo, ma bravi cittadini i quali erano stati ridotti all'insolvenza da un sistema vizioso che li obbligava a lasciare i loro campi non seminati o non mietuti per sostenere le battaglie della repubblica, e ciò (fino all'anno 348) a loro spese (192). Secondo Livio la vista di uno di quei disgraziati *nexi* ed il racconto che egli fece ai suoi antichi camerati delle sofferenze durate, fu la causa immediata della prima secessione. La istituzione del tribunato ne fu la grande conseguenza costituzionale che però non fu di giovamento alcuno quanto al trattamento del debitore per parte del creditore; perchè i tribuni non potevano intercedere contro l'azione di un privato cittadino, ma solo contro quella di un pubblico ufficiale. Lo stesso provvedimento però che istituiva il tribunato ed il suo *ius auxilii*, conteneva una disposizione che per molti dovette essere la benvenuta, —

---

(192) Aug. *De Civ. Dei* II 18.

che cioè tutti i debiti fossero rimessi e tutti i *nexi* liberati (193). Questa, se non fu di fatto la prima (194), fu almeno la precorritrice di una lunga serie di leggi tendenti a migliorare la posizione di quelli i quali erano stati costretti a prendere in prestito denaro, e non per colpa loro erano impossibilitati a pagare. Così si ebbero leggi repressive dell'usura; per esempio una disposizione delle XII Tavole stabiliva che l'*unciarium fenus* massimo fosse un duodecimo del capitale o l'8 $^1/_3$ per cento all'anno, ed imponeva la pena del quadruplo per le eventuali contravvenzioni; una legge del 407 ridusse codesto massimo al 4 $^1/_6$ e diede ai debitori un termine di tre anni per pagare; la legge genucia del 412 dichiarò illegittimo qualunque interesse, ma, come gli era da aspettarsi rimase in breve lettera morta. Vi furono, con termini diversi, anche leggi per rimettere i debiti, come la legge licinia-sextia del 387 u. c., la quale dispose che l'interesse già pagato dovesse imputarsi a sconto del capitale purchè l'intero debito fosse pagato in tre rate annuali (195).

Finalmente venne la legge petelia del 428 (196). Le circostanze che le dettero origine, lo scopo e l'effetto di essa furono oggetto di molte discussioni e saranno riferite quando sarà fatta parola del contratto di *nexum* (§ 31) — di quel contratto, cioè, pel quale il mutuatario dava al suo creditore il diritto di prenderlo, qualora venisse meno al pagamento del suo debito, di sostenerlo in sua casa senza alcun processo giudiziale, e di valersi dell'opera sua come schiavo *de facto* (benchè non *de iure*). Tale, a quanto pare, era il diritto del creditore, fondato sulla

---

(193) Dion. VI 83, VII 49. — Vedi su questi e sul silenzio di Livio intorno a ciò SCHWEGLER *Röm. Gesch.* II 259.

(194) Dionisio (IV 9) in modo vago attribuisce alcuni provvedimenti di simile natura a Servio Tullio.

(195) [Lex LICINIA SEXTIA (C. Licinius C. f. —. n. Stolo L. Sextius Sex. f. —. n. Lateranus *trib. pleb.*) DE AERE ALIENO: « ... *ut, deducto eo de capite quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset triennio aequis portionibus persolveretur* ». Liv. VI 35. Gli stessi tribuni già dieci anni prima avevano tentato invano di far votare tale rogazione. — GADDI *Cronologia* p. 527].

(196) Liv. VIII 28. — Cic. *De Rep.* II 34, 59. — [Su questa legge si vegga GADDI *Cronologia* p. 531].

consuetudine meglio che sulla legge; ma esso era di molto abusivamente accresciuto; il *ius detinendi* essendo riguardato dai creditori non come mezzo di ottenere una soddisfazione sostanziale delle loro perdite pecuniarie in grazia dell'opera dei debitori, ma piuttosto come facoltà di infliggere a questi in pena dell'inadempiuta obbligazione ogni sorta di crudeltà torture ed angherie. Si capiva che nulla poteva ovviare ciò, eccetto che la totale abolizione del *nexum* come contratto fra mutuante e mutuatario. La materia era spinosa, perchè portava all'abbandono della più potente coazione all'osservanza degli assunti impegni (197); ma nessuna mezza misura era possibile; il male doveva essere tolto dalla radice; pertanto tutti i *nexi* furono liberati, ed il contratto del *nexum* fu vietato per l'avvenire (198).

Questo di certo non tolse la pratica necessità dei mutui e nè rimosse ogni pericolo di future agitazioni delle classi men ricche per l'aggravio dei debiti loro. Il creditore più non aveva diritto di prender con le proprie mani e di imprigionare i suoi debitori; così più non si avevano le catene e le altre odiose crudeltà alle quali questi erano così spesso sottomessi. Ma l'arresto dei debitori giudizialmente riconosciuti, per sentenza di magistrato era ancora concesso al creditore, il quale aveva tuttora facoltà di utilizzare i servizii di essi finchè avessero scontata con il loro lavoro la somma dovuta (199). Inoltre i più poveri plebei erano indebitati, sicchè da questo stato di cose traevano sempre nuove occasioni di malcontento. La terza secessione infatti ebbe la stessa origine della prima; e con la legge ortensia che ne scaturì, fu rinnovato il disegno di provvedere agli insolventi.

---

(197) « *Victum eo die ingens vinculum fidei* ». Liv. VIII 28, 8.

(198) « *Propter unius libidinem omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum* ». Cic. *De Rep.* II 34, 59. — « *Eo anno plebei Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt* ». Liv. VIII 28. — « *Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentu* ». Id. ibid. 9. — Altre disposizioni di codesta legge relative al processo dei debitori (*judicati, addicti*) saranno riferite nel § 36.

(199) Caes. *b. c.* III 1. — Dio. C. XLI 37.

Nel seguente periodo si ha una serie di misure tendenti allo stesso scopo; alcune cercano di raggiungerlo accrescendo il valore nominale della circolazione del denaro; altre, come la legge valeria del 668, cancellando a dirittura i debiti per una metà o per un terzo. Soltanto in grazia della *cessio bonorum* di Giuliano (706 u. c.). la quale autorizzava il debitore a liberarsi dando formalmente ogni sua proprietà al suo creditore, la condizione degli insolventi fu di fatto grandemente migliorata e fu evitata la loro carcerazione.

CAPO SECONDO.

Le XII Tavole.

§ 21.

Loro compilazione (200).

Le circostanze che occasionarono la compilazione delle XII Tavole sono state accennate nel § 18. Il primo passo pratico fu fatto verso questo scopo nell'anno 300 con l'invio di una missione in Grecia e nelle colonie greche della Italia meridionale, per studiare le leggi del luogo e raccogliere alcuni materiali, che servissero a preparare il codice progettato. Può dubitarsi che l'ambasciata siasi spinta sino ad Atene; certo non era ciò necessario in alcun modo poichè molto facilmente si potevano trovare le leggi greche, non lontano da Roma, in Cuma e nelle altre colonie ioniche non meno che nelle città greche della Italia inferiore e della Sicilia. Al ritorno dei tre ambasciatori nel 302 tutte le magistrature furono sospese ed una commissione di dieci patrizii (*X viri legibus scribundis*) fu nominata con poteri consolari sotto la presidenza di Appio Claudio, con lo scopo espresso di ridurre a formule scritte il diritto. In questo compito si giovaron dell'opera di un certo Ermodoro, esiliato da Efeso, la assistenza del quale in qualità di interprete sembra confermare la tradizione della raccolta preventiva di greco materiale. Prima della fine dell'anno seguente (303) il corpo del codice fu pronto, divenne legge pel voto dei comizii centuriati e fu inciso o scritto su dieci tavole di legno, probabilmente lisciate con stucco, le quali furono appese nel

---

(200) [Per tutto che riguarda le XII Tavole, oltre alle opere citate dall'A., si vegga il riassunto di altre opinioni in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del Dir. Rom.* p. 104 *h*, ed *i*; 105 *l*; 106 *m* ed *n*, ed il succoso libretto di FR. GOODWIN *The XII Tables* London 1886 (Versione italiana di LUIGI GADDI; edit. Lapi di Castello 1887)].

foro. L'anno appresso il decemvirato fu rinnovato con poche mutazioni nei componenti, ma sotto la stessa presidenza del primo; nel corso di pochi mesi completarono la trattazione delle materie addizionali e, sanzionatele nella debita forma, aggiunsero alle prime due altre tavole che ne portarono a dodici il numero totale e dettero al codice il nome ufficiale di *lex XII Tabularum*.

§ 22.

Loro fonti.

Alcune disposizioni delle XII Tavole erano quasi letterali versioni delle leggi di Solone; ciò è affermato, con riferimento agli speciali provvedimenti, da Cicerone e da Gaio (201). Altre ancora presentano una notevole corrispondenza con le leggi in vigore nella Grecia; così la disposizione che il contratto di vendita non trasferisca la proprietà finchè non fu pagato il prezzo o non fu data per esso garanzia al venditore (202); così le regole sul *furtum linteo et lance conceptum* (203); ma non vi sono dati per determinare se furono direttamente importate (204). Certamente la maggior parte di esse era però nazionale ed originale. Non furono una generale formulazione delle consuetudini assodate sin qui; perchè, nonostante che Livio faccia l'elogio di esse come di quelle che a suo parere erano la sorgente di tutto il diritto pubblico o privato (205), sembra chiaro che molti istituti giuridici

(201) Cic. *De leg.* II 23, 59 a proposito delle norme intorno ai funerali della Tav. X. — Gai *lib. 4 ad XII Tab.* in Dig. X 1, 13 e XLVII 22, 4 a proposito di altre disposizioni.

(202) Tale disposizione, da Giustiniano (*Inst.* II 1, 41) attribuita alle XII Tavole, offre grande rassomiglianza con un provvedimento del diritto greco ricordato da Teofrasto; vedi HOFMANN *Periculum beim Kaufe* Vienna 1870 p. 172 ed i suoi *Beiträge zur Gesch. d. Griech. u. Röm Rechts* Vienna 1870 p. 71.

(203) Aristoph. *Nub.* 497 e seg. e scholii al v. 499.

(204) Al proposito si vegga la monografia di HOFMANN *Influenza del diritto greco sulle XII Tavole* nei suoi *Beiträge* p. 1 e seg.

(205) Liv. III 34; egli le chiama non solo « *fons omnis publici privatique iuris* » ma « *corpus omnis Romani iuris* ».

trovassero posto nelle tavole soltanto per incidenza, o con riferimento a casi speciali. Le instituzioni della famiglia, le regole fondamentali della successione, le solennità di atti formali come la mancipazione il *nexum* e i testamenti, le principali formalità della procedura e così via dicendo, si presumeva fossero generalmente conosciute a tale che i decemviri non credettero necessario di formulare le norme relative.

Essi dovevano rendere eguali per tutti il diritto, togliere ogni pericolo di arbitrario trattamento specificando le varie pene e precisando le circostanze per le quali i diritti sorgevano o venivano meno, fare tutte le necessarie riforme affinchè fossero ascoltate le querele dei plebei e prevenuta la oppressione loro in nome della giustizia. Nulla o quasi nulla di quel diritto consuetudinario passò nelle XII Tavole che era universalmente accettato e non controverso, ma solo quelle norme che erano richieste da qualche ingiustizia o incertezza. Una o due soltanto delle leggi attribuite ai re riapparvero e sotto altra forma nelle Tavole; ma la omissione delle altre non significa che esse fossero revocate o che implicitamente se ne disconoscesse la validità; alcune infatti erano in vigore ancora ai tempi dell'impero e furono poste da Giustiniano nel suo Digesto. E nè alcuna delle leggi comiziali repubblicane anteriori alle Tavole fu in queste incorporata, benchè molto tempo dopo ancora, molti fossero proseguiti in giudizio secondo che esse disponevano e puniti con le pene da esse comminate. Dicendo pertanto che la maggior parte delle disposizioni del codice decemvirale erano nazionali, questo solo si vuole affermare che esse erano l'opera dei decemviri i quali si valevano del diritto consuetudinario vigente con i criterii su detti.

§ 23.

Loro avanzi e ricostruzione.

Secondo ogni probabilità è vero che le Tavole originarie andarono perdute quando Roma fu saccheggiata e bruciata dai Galli. Ma furono un'altra volta riprodotte e le

copie di esse devono essere state assai numerose se, come Cicerone dice avvenisse ancora a tempi di sua giovinezza, i fanciulli dovevano mandarle a mente per compito scolastico (206). Ciò spiega il fatto abbastanza straordinario che gli avanzi di esse sieno così frammentari e la loro genuinità in molti casi così dubbia. Furono trascritte nei *Tripertita* di Sesto Aelio Peto; e devono aver formato la base di tutti gli scritti del *ius civile* fino al tempo di Servio Sulpicio Rufo (il quale prese primo a commentare l'editto del pretore). Furono oggetto di una monografia di L. Acilio Sapiente nella seconda metà del secolo VI di Roma; furono ancora illustrate da Servio Sulpicio Rufo stesso sulla fine del settimo o sul principio dell'ottavo secolo, da M. Antistio Labeone ne' primi anni dell'impero e da Gaio probabilmente sotto il regno di Ant. Pio. Tuttavia quaranta disposizioni circa sono rimaste, come è detto, con gli *ipsissima verba* delle Tavole (benchè in una forma in molti casi più moderna di quella che presentano altri avanzi di arcaico latino). Queste si trovano specialmente negli scritti di Cicerone, nelle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio e nel trattato *De verborum significatione* di Festo; gli ultimi due le considerano come materia di antichità anzichè come oggetto di diritto positivo. Vi sono molti riferimenti a speciali disposizioni in Cicerone, Varrone, Gellio e nelle pagine di Plinio il Vecchio; così in Gaio, Paolo, Ulpiano e negli altri giuristi pregiustinianei. Ma questi riferimenti, nel caso almeno di questi ultimi scrittori, vogliono accogliersi con riserva; perchè è spesso difficile conoscere se essi attingevano al testo delle Tavole o non piuttosto agli scritti degli interpreti (§ 50); le regole dei quali, per quanto è noto, non erano spesso che analogiche applicazioni delle disposizioni delle Tavole (207) o arbitrarie ricostruzioni di esse suggerite da considerazioni di convenienza politica (208).

---

(206) Cic. *De leg.* II 23, 58.

(207) Per esempio, il diritto di tutela dei patroni; attribuita alle Tavole soltanto *per consequentiam* (Gai. I 165. — Ulp. XI 3).

(208) *Ex gr.*, la esclusione di tutte le donne all'infuori delle sorelle di un intestato dalla successione come agnati. Gaio (III 23) dice che ciò era

Con tali *disiecta membra,* l'opera di ricostruzione si presenta irta di difficoltà. Le questioni che si incontrano fin dal principio sono: 1) Le leggi delle Tavole erano disposte sistematicamente? 2) Se sì, formavano esse un sol tutto continuatamente, o ciascuna Tavola era un qualchecosa di completo a sè? — I più antichi editori, od almeno alcuni di essi, pare che abbiano data risposta negativa alla prima domanda e in conseguenza abbiano adottato un ordine arbitrario nella collocazione dei frammenti; il Charonda, ad esempio, disponeva, nel 1578, promiscuamente il diritto pubblico il privato ed il sacrale. Recentemente e sempre dopo la ricostruzione di Iac. Gothofredo (Godefroi) fatta nel 1616, gli editori ritennero come criterio direttivo che non solo ciascuna legge fosse disposta in un dato ordine, ma che ciascuna Tavola fosse un testo completo a sè; non si accordarono però su la disposizione delle Tavole e su la collocazione dei frammenti in esse: per vero, di quattro o cinque soltanto di questi è detto espressamente dagli antichi scrittori qual luogo occupassero nelle Tavole, e di due o tre altri si sa che furono opera del secondo decemvirato (a. 304 u.) e che quindi debbono collocarsi in una delle due Tavole addizionali. Il resto è rimesso alla fantasia dei ricostruttori, i quali hanno tolto a guida specialmente i commentarii di Gaio al codice decemvirale e l'editto pretorio di Giuliano. Il commentario è in sei libri e si suppone che Gaio abbia seguìto l'ordine del testo, occupando ciascun libro nel commento di due Tavole; ma come gli estratti di essi sono scarsi nel Digesto e si riferiscono soltanto a poche delle materie che noi sappiamo trattate dai decemviri, il suo valore di guida sembra essere stato esagerato. Si vuol riconoscere una specie di tradizione ed ammettere che, come Giustiniano nel suo Digesto e nel Codice seguì l'ordine dell'editto, così Salvio Giuliano nel formulare questo

---

stabilito dalla legge; Giustiniano al contrario, su la autorità di Paolo (in un suo commentario al senatoconsulto Tertulliano) asserisce (Cod. VI 58, 14, 1. — Inst. III 2, 3) che essa era dovuta alla interpretazione ristrettiva dei giuristi. Dice Ulpiano (Dig. I 16, 6): « *Verbum* « *ex legibus* » *sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis* ».

seguisse l'ordine delle XII Tavole; e di questo filo si giovarono gli editori per quanto era possibile. L'ultimo di essi, il Voigt (209), si vale ancora per l'ordine delle materie nei varii commentarii, dei trattati di Sabino sul *ius civile* (*Sabini librit res iuris civilis*). E poichè essi corrispondono in tutto e per tutto a quei commentarii, egli conclude che questi seguano strettamente anche l'ordine del trattato che di coteste materie si occupa; il quale poi, egli pensa, corrisponde esattamente ai *Tripertita* di Sesto Aelio Cato. Ma i *Tripertita* racchiudevano le XII Tavole, disposte secondo che si crede nell'ordine loro legittimo; così in grazia di Sabino e dei suoi commentatori, il Voigt ha una guida di qualche valore la quale ha anche il vantaggio di essere d'assai più antica di quella generalmente seguìta dai suoi predecessori nell'opera ricostruttiva. Però è impossibile giungere ad una disposizione generalmente accettata, per mancanza di notizie; il Dirksen differisce dal Gothofredo, lo Schoell è alquanto diverso dal Dirksen, e il Voigt è affatto agli antipodi di tutti. Vi è bensì accordo intorno all'ordine ed al contenuto delle prime tre Tavole, e su le disposizioni della decima; ma intorno alle altre è considerevole la divergenza; — il Dirksen, ad esempio, pone i frammenti relativi alla successione nella quinta Tavola, mentre il Voigt li pone nella quarta. Sarebbe meglio pertanto, nel riportare una disposizione delle Tavole, citare l'antico scrittore che la ricorda, senza riferirsi alla Tavola ed alla legge speciale; perchè, dopo tutto, l'ordine è di poca importanza e quasi dovunque puramente congetturale (210).

---

(209) Vedi la monografia « *Ueber das Aelius und Sabinus System* » negli *Abhandl.* (*Phil. hist. cl.*) *d. K. Sächs. Gesellsch.* VII 320 e seg.; vedi anche le sue *XII Tafeln* I 55 e seg.

(210) DIRKSEN *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik u. Herstellung d. Zwölf-Tafel-fragment.* Leipzig 1824. Quest'opera servì di base a tutte le opere moderne su le Tavole anteriori a quella del Voigt. Lo SCHOELL, nelle sue *Legis XII Tab. reliquiae* Berlin 1866, portò un contributo agli studii in materia, assai notevole dal punto di vista filologico. I risultati di esso furono sostanzialmente adottati dal BRUNS nelle sue *Fontes iuris romani antiqui* p. 16 e seg. e dal WORDSWORTH nei suoi *Fragments and specimens of Early Latin* Oxford 1874 p. 253 e seg. Quest'ultimo, in altra parte del suo volume (pa-

§ 24.

Caratteristiche giuridiche generali delle Tavole.

La forma delle leggi delle Tavole era notevole per concisione, chiarezza e concettosità; avevano esse una certa ritmica cadenza la quale deve aver grandemente facilitato che si ritenessero a memoria. Per esempio: — « SI IN IVS VOCAT ITO · NI IT ANTESTAMINO. IGITVR EM CAPITO · SI CALVITVR PEDEMVE STRVIT MANVM ENDO IACITO » (211) — « AERIS CONFESSI REBVSQVE IVRE INDICATIS XXX DIES IVSTI SVNTO · POST DEINDE MANVS INIECTIO ESTO · IN IVS DVCITO » (212) — « SI INTESTATO MORITVR CVI SVVS HERES NEC ESCIT ADGNATVS PROXIMVS FAMILIAM HABETO » (213) — « CVM NEXVM FACIET

---

gine 502-538) ha aggiunto note storiche filologiche ed esegetiche le quali formano un vero commentario molto pregevole di tutto il diritto decemvirale. I due volumi del VOIGT *Geschichte und System des Civil — und Criminal-Rechtes, wie-Processes, der XII Tafeln, nebst deren Fragmenten* Leipzig 1883, contengono l'esposizione dell'intero antico *ius civile*, di quello cioè formulato nelle Tavole e di quello in esse non compreso. La storia loro occupa le prime cento pagine incirca del primo volume; la ricostruzione dei frammenti — fatta in copia d'assai maggiore d'ogni altra precedente raccolta e avvalorata da un imponente corredo di autorità, da non accettarsi però senza riserva) — è nello stesso volume da pag. 693 a pag. 737. L'ordine generalmente seguito, con le varianti del Voigt, è il seguente: — I. Citazione e procedura iniziale contenziosa innanzi al console ed al pretore. — II. Secondo stadio della procedura; innanzi la corte centumvirale o ad uno o più giudici ed arbitri, per rinvio dal console o pretore. — III. Esecuzione per fatto del creditore sulla persona del debitore riconosciuto giudizialmente. — IV. Diritto di famiglia (*Voigt:* Diritto di famiglia e successione). — V. Successione e tutela (*Voigt:* Acquisto della proprietà e diritto delle obbligazioni contrattuali). — VI. Acquisto e possesso della proprietà (*Voigt:* Tutela di varie sorta). — VII. Diritti relativi ai fondi (*Voigt:* Delitti privati in genere e pene loro). — VIII. Delitti (*Voigt*: Relazioni fra proprietarii confinanti e reati campestri). — IX. Diritto pubblico (*Voigt:* Diritto pubblico e penale). — X. Norme pei funerali. — XI e XII. Disposizioni varie supplementari.

(211) Con le parole SI IN IVS VOCAT cominciavano le XII Tavole (Cic. *De leg.* II 4, 9). Il resto di questa legge fu ricostruito da Porph. in Horat. *Sat.* I 9, 76; da Fest. v. *Struere*; e da Gai *libr. 4 ad XII Tab.* in Dig. L 16, 233 pr.

(212) Aul. Gell. *n. a.* XX 1, 45.

(213) Ulp. XXVI 1.

MANCIPIVMQVE VTI LINGVA NVNCVPASSIT ITA IVS ESTO » (214). — Qua e là le regole espresse erano facoltative, nella maggior parte però esse erano perentorie, generali e sormontavano le difficoltà a vece di rimoverle. La loro applicazione doveva portare nei casi speciali a molte durezze; ad esempio, ciascuno era tenuto alla lettera delle parole pronunziate nel *nexum* o nella *mancipatio*, benchè fosse stato tratto in errore o avesse subito l'influenza di rigiri fraudolenti; i decemviri non ammisero eccezioni, preferendo una regola dura e semplice a qualifiche che potevano cagionare incertezze.

Il sistema nel suo insieme è sistema di *ius* diverso dal *fas* (§§ 6 e 7); le sfere rispettive loro s'erano molto più nettamente separate e distinte al principio del IV secolo di Roma di quello che lo fossero sotto il regno dei primi re. Non già che il *fas* avesse cessato di influire su la vita privata e sui rapporti giuridici dei cittadini, ma esso era divenuto un potere al di fuori della legge; si può credere, anzi, che a bella posta e con tutta cura il *fas* fosse escluso dalle Tavole dai compilatori di esse, perchè si voleva formulare una legislazione che doveva applicarsi ad una comunità eterogenea, i varii componenti della quale avevano idee diverse intorno a ciò che la religione poteva ordinare ed obbligare. Tale distinzione tra *fas* e *ius* probabilmente ebbe origine dalla scomparsa di pene puramente religiose o sacrali pei delitti e per le offese. Nelle leggi regie la esecrazione (*sacratio capitis, sacer esto*) era la sanzione usuale; ma nelle Tavole essa si trova una volta soltanto, e con riferimento ad una offesa che poteva essere fatta soltanto da un patrizio, cioè alle perdite materiali cagionate da un patrono al suo cliente (PATRONVS SI CLIENTI FRAVDEM FAXIT SACER ESTO (215)). In tutti gli altri casi predomina la idea che ogni delitto sia una offesa contro l'ordine pubblico tale che la comunità è autorizzata a difendersi infliggendo una pena al colpevole; là dove

---

(214) Fest. v. *Nuncupata* p. 173 M.

(215) Serv. *ad Aen.* VI 609. — Vedi la legge di Romolo in Dion. Alic. II 10. È possibile che Servio erri nell'attribuire questa legge alle XII Tavole.

in antico, quando era un peccato contro gli dêi, lo si espiava con la consacrazione del peccatore alla divinità più specialmente oltraggiata dalla offesa di lui. La forca, la decapitazione, la fustigazione a morte, il rogo e la deiezione dalla rupe Tarpea, sono le pene tradizionali sancite dalle Tavole; ma spesso, benchè non sempre, qualche scrittore dice che tali supplizii costituiscono anche un omaggio a qualche divinità sì che a questa i beni del colpevole vengono consacrati (*consecratio bonorum*).

È degno di nota che nelle Tavole rimangono tracce dell'antico sistema della privata giustizia. La *manus iniectio* della terza Tavola, esecuzione personale sul debitore concessa al creditore, era sostanzialmente la stessa procedura del periodo regio ma con l'aggiunta di alcune regole tendenti a prevenire i possibili abusi. Contro un ladro colto sul fatto sembra sia stato sancito qualche cosa di simile (216); mentre era ancora legittimo uccidere il ladro sul luogo se il furto era consumato di notte (217) o se, commesso di giorno, il ladro usava dell'armi per impedire il suo arresto (218). Secondo Cicerone (219) eravi una disposizione formulata come segue: « SI TELVM MANV FUGIT MAGIS QVAM IECIT ARIETEM SVBICITO ». Questa è una trascrizione in lingua più chiara della legge attribuita a Numa (220) che in caso di omicidio colposo — se l'arma era sfuggita dalle mani piuttosto che diretta alla mira — un ariete dovesse essere offerto come pegno di pace ai parenti dell'ucciso. Questa legge deve essere stata dettata dal desiderio di arrestare la vendetta del sangue, almeno ai tempi di Numa, ma nelle Tavole può soltanto intendere a far cessare la prosecuzione che spettava ai parenti dell'assassinato. Così dicasi delle pene del taglione: « SI MEMBRVM RVPIT NI CVM EO PACIT TALIO ESTO » (221). Tali erano

(216) Gai III 189.
(217) Aul. Gell. *n. a.* XX 1, 7.
(218) Gai *lib. 13 ad ed. prov.* in Dig. XLVII 2, 54, 2.
(219) Cic. *Top.* XVII 64; *pro Tull.* XXI 51. Si può ritenere che questa sia una parafrasi della legge, divenuta proverbiale, piuttosto che il testo originale.
(220) Serv. in Virg. *Bucol.* IV 43.
(221) Aul. Gell. *n. a.* XX 1, 14.

secondo Gellio le parole di una delle leggi delle Tavole. che indubbiamente conservano memoria di un tempo nel quale il taglione era riconosciuto: « occhio per occhio, dente per dente ». Nella mente dei decemviri però con ciò si dava soltanto, in modo grossolano, facoltà all'ingiuriato di ottenere la maggior *ricompensa possibile* in denaro e di regolarla su la condizione e su la fortuna di colui che aveva fatta la ingiuria.

CAPO TERZO.

Il diritto privato delle XII Tavole e della consuetudine.

§ 25.

Cittadini e non cittadini (222).

L'antico diritto di Roma era essenzialmente personale, non territoriale. Ognuno godeva del beneficio delle sue istituzioni e della sua protezione, non perchè gli avvenisse di essere sul territorio romano, ma perchè era cittadino, cioè uno di coloro pei quali e dai quali le leggi di Roma erano stabilite. La teoria dell'antico *ius gentium* faceva sì che un individuo soggiornante entro i confini di uno Stato straniero fosse alla mercè di questo e dei cittadini di esso; che egli potesse essere trattato come uno schiavo e che potesse cadere in proprietà del primo venuto quanto egli possedesse (223); perchè lo straniero sfuggiva alla protezione del diritto. Senza trattato alcuno con Roma un forestiero — *hostis*, come dicevasi in quel tempo (224) — non aveva diritto alcuno per ottenere pro-

(222) Vedi Müller-Jochmus *Gesch. d. Völkerrechts im Alterthum* Leipzig 1848 p. 133 e seg. — Voigt *Das Ius Naturale d. Römer* II 8. — Van Wetter *La condition civile des étrangèrs d'après le droit Romain,* in appendice al Laurent *Droit civil international* Bruxelles 1880, I 667. — Voigt *XII Tafeln* I §§ 24 e 28. — [Per tutte le cose svolte in questo paragrafo vedi Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 67-96 e sul *peregrinus* specialmente le p. 69-70 note *a-c.* — Fadda *La condizione dello straniero presso i Romani* (appendice a Gianzana *Lo straniero* Torino 1885)].

(223) Questa dottrina si trova nei digesti come diritto vigente ancora ai tempi di Giustiniano (Dig. XLIX 15, 5, 2).

(224) [*Hospes* è forma contratta di un antichissimo *hosti-pes* (nel quale *pes* si rannoda al greco πότις protettore) e vale *colui che protegge lo straniero; hostis* ha per significato primitivo e fondamentale appunto *straniero* (Cic. *De off.* I 12: « *Apud maiores nostros hostis is dicebatur quem nunc peregrinum dicimus* »). Più tardi questo vocabolo espresse due diverse idee; anzitutto quella di *ospite* (vedi Servio e Virgil. *Aen.* IV 4-24: « *I soror, atque hostem supplex affare superbum* ») assunta prima della divisione delle

tezione contro i maltrattamenti usatigli o contro i tentativi fatti per spogliarlo della sua proprietà; in ogni caso, a meno che egli appartenesse ad uno Stato autorizzato da un trattato a valersi del rimedio giudiziale internazionale *recuperatio*, lo straniero otteneva protezione soltanto pregando il supremo magistrato ad interporre i suoi buoni ufficii e non intentando qualche azione del *ius civile* (225). Questo stato di cose durò tanto che

---

famiglie ariane perchè *hostis* si ritrova con tale accezione nel gotico *gast(i)s*, d'onde si formarono l'inglese *guest* ed il tedesco *gast*. In questo significato fu surrogata dal composto *hospes* che però nella tradizione romana visse qualche tempo a fianco della voce primigenia *hostis* (Serv. *in Aen.* IV 424: « *Nonnulli autem iuxta veteres hostem pro hospite dictum accipiunt* »). — L'ultimo senso della parola ed il prevalente fu quello di *nemico in guerra* (Cic. *pro Manil.* 10, *Phil.* XI 1)].

(225) Alcuni scrittori di grande autorità, come il Keller, il Mommsen ed il Van Wetter, credono che ogni straniero il quale godesse del *commercium*, con qualche modificazione nelle parole di rito o con l'intervento di un procuratore, potesse valersi delle *legis actiones*, come, per esempio, della *per sacramentum*. Ma contro questa opinione giova ricordare: — 1) che le azioni modificate (*actiones utiles* o *ficticiae*) furono introdotte dal pretore e quando le *legis actiones* erano cadute in disuso; — 2) che la rappresentanza a mezzo di procuratore — era ignota sotto il sistema delle *legis actiones* (Gai. IV 82); — 3) che era essenziale agli *iudicia legitima*, dei quali le *legis actiones in personam* erano le forme più antiche, la qualità di cittadini nelle parti e nel giudice (Gai. IV 104 e 109); — infine 4) che se le *legis actiones* fossero state competenti, la *recuperatio* sarebbe stata inutile. [L'A. pone troppo assolutamente la sua tesi in favore della quale gli argomenti addotti non provano come a primo aspetto appare. Infatti: — 1) Le azioni utili furono introdotte sotto il regime delle formule cioè dopo la legge *aebutia* ma prima della abolizione totale delle *legis actiones* la quale data al più presto dalle due leggi *iuliae* di cui parla Gai. IV 30. Ciò rende possibile l'applicazione delle *fictiones* alle *legis actiones* lasciate in vigore e forse modificate dalla legge *aebutia*. È incerto poi se le *fictiones* non fossero possibili anche nel primo periodo procedurale. — 2) La rappresentanza era ammessa secondo il Voigt (*XII Taf.* I 573) del patrono per l'*hospes* nelle *legis actiones* (Gai. IV 82 — Inst. IV 10, pr. — Dig. IV 17, 123); secondo Eisele (*Cognitur u. Proc.* Tübing. 1881) del *cognitor* per ogni querelante o convenuto *in iudicio;* secondo il Lenel (*Zeitschr. f. Rechtsg.* IV 149) del *cognitor* anche in *iure*. — 3) La *legittimità* dei giudici non fa al proposito perchè essa indica secondo Gai. IV 103 soltanto la differenza fra i giudizi che per la persona dei litiganti, pel luogo della controversia o per la qualità del foro cadono sotto la *iurisdictio* invece che sotto l'*imperium*. Si vegga infatti: — Gai. IV 104: LEGITIMA *sunt iudicia quae* IN URBE ROMA *vel* INTRA PRIMUM MILIARIUM *inter* OMNES

anche ai tempi di Gaio, quando la *recuperatio* era cosa obsoleta, un non cittadino, il quale avesse sofferto il furto d'alcun oggetto, non avrebbe potuto intentare civile *actio furti* contro il ladro senza lo spediente pretorio d'una finzione di cittadinanza; finzione che era in simil guisa usata se egli era il ladro e se l'azione era mossa contro di lui, chè anche le pene erano imposte da leggi che si applicavano soltanto ai cittadini (226). Le relazioni domestiche di uno straniero sfuggivano alla competenza dei tribunali romani; poteva egli essere marito e padre con

---

CIVES *romanos sub* UNO IUDICE *accipiuntur*. Gai. IV 185: IMPERIO *vero continentur* RECUPERATORIA *et quae sub* UNO IUDICE *accipiuntur* INTERVENIENTE PEREGRINI PERSONA IUDICIS *aut* LITIGATORIS: *in eadem causa sunt quaecumque* EXTRA PRIMUM *urbis Romae* MILIARUM *tam inter* CIVES *Romanos quam inter* PEREGRINOS *accipiuntur*. Da questi passi appare che i peregrini oltre all'adire i *recuperatores* potevano anche litigare *sub uno iudice*, il quale era indifferentemente peregrino (*praetor peregrinus?*) o romano. Ciò mutava la natura del *iudicium* che non era più fatto *legitimo iure* nel senso che Gaio dà a questa frase (la quale non corrisponde, come pare credere l'A., a *legis actio*). Ma poichè questa sorta di *iudicia non legitima* valeva anche pei Romani (*tam inter cives... quam inter peregrinos accipiuntur*) fuori di Roma, dove il pretore urbano non spingeva la propria competenza ma dove il Romano non perdeva l'esercizio della *legis actio*, gli è chiaro che codesta legittimità non è un ostacolo o un requisito al godimento della procedura comune e che poco importa se la *peregrinità* del giudice o delle parti rendono non *legitimi* i giudizi. — 4) Sulla inutilità della *recuperatio* vuolsi osservare, che v'erano diverse categorie di peregrini e che questa forma procedurale per la sua natura pare applicarsi alla categoria meno favorita, cioè a quella esclusa dal *commercium* e dal *conubium*. Io credo — e non posso qui suffragare di prove la mia opinione — che il primo e più antico stadio dei rapporti internazionali fosse l'alleanza con reciprocità di *protezione* e *recuperatio* delle cose sottratte a un peregrino socio (Fest. s. v. *recip.*: « *reciperatio est, ut... reddantur res* »). Più tardi si introdusse l'uso, perchè se ne sentì la necessità economica e politica, di concedere il *commercium* ed il *conubium*. Conseguenza di queste concessioni fu l'ammessione dei peregrini così privilegiati all'esercizio della *legis actio*, perchè i *recuperatores* giudici misti erano incompetenti a conoscere dei molteplici e complicati rapporti da un vasto commercio occasionati, essi che erano stati nominati per la protezione *ex imperio* delle cose dei peregrini di loro nazione e non di tutti i peregrini, o per i Romani non in tutti gli Stati ma in quel dato Stato. Un forte argomento in appoggio di questa ipotesi lo si può trarre da Gai. IV 31: « ... *lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum* ... »].

(226) Gai. IV 37.

diritti su la moglie e sui figli in virtù della sua legge nazionale, ma le corti romane non potevano essere chiamate a conoscere di essi. Egli poteva istituire eredi per testamento o questi potevano essere riconosciuti *ab intestato* sempre secondo le leggi del suo paese, ma su la validità di questi rapporti nessun giudice o magistrato romano poteva essere invitato ad esprimere il suo parere. Così non poteva essere ascoltato quando invocava i diritti che la legge romana accorda al marito al padre od all'erede; questi diritti sono patrimonio dei cittadini e lo straniero non può esserne chiamato partecipe.

Conubium, *commercium* e *actio* erano le tre parole astratte nelle quali si riassumevano i diritti privati (227) proprii ad un cittadino romano per *ius civile*. *Conubium* era la capacità a contrarre matrimonio produttivo della *patria potestas* e della agnazione speciale al diritto romano, le quali erano poi alla lor volta la base tanto della successione intestata dei *sui heredes* e degli agnati quanto della tutela e curatela alla quale avevano diritto gli agnati ed i gentili. *Commercium* (228) era la capacità ad acquistare od alienare la proprietà con i modi civili non collegati con il *conubium*, quali la mancipazione la *cessio in iure* o l'usucapione; e ad assumere una obbligazione derivante da contratto civile come il *nexum* la *sponsio*

---

(227) La *testamenti factio* era un diritto pubblico (Papiniano. Vedi la n. 112); così l'arrogazione. Da uno speciale punto di vista la tutela era un pubblico dovere, ma in genere era un diritto privato.

(228) Ulpiano (*Frag.* XIX 5) definisce il commercio *emendi vendendique invicem ius*. La definizione era probabilmente tradizionale. Ma nell'antico diritto *emere* e *vendere* non significavano comprare e vendere, ma, più generalmente, acquistare ed alienare (Vedi § 14 e Pompon. in Dig. XI 7, 29, 1). Lo *invicem* della definizione di Ulpiano suggerisce una significazione relativa. In fatto, *conubium* e *commercium* hanno significato a un tempo astratto concreto e relativo. Astrattamente essi erano prerogativa dei cittadini Romani in genere. Ma benchè un cittadino avesse il *conubium* in astratto non lo aveva poi in concreto quando non aveva ancora raggiunta la età legale per condur moglie. Così benchè ciascun cittadino avesse il *commercium* in teoria, praticamente egli poteva esserne privo, quando, ad esempio, fosse stato interdetto come prodigo (Paul. III 4 a, 7). Relativamente poi ogni cittadino aveva insieme *conubium* e *commercium* con i suoi concittadini ma non con i non cittadini a meno che questi non godessero di speciale concessione.

ed una almeno delle forme dei contratti letterali. *Actio* era la capacità ad esercitare la *legis actio,* azione rivestita delle forme del *ius civile* ed usata alla rivendicazione alla protezione od al rinforzamento di un diritto, sia questo incluso nel *conubium* o nel *commercium,* oppure da essi provenga, o sia direttamente accordato da una legge limitata nella sua applicazione soltanto ai cittadini (229). Queste tre capacità erano per diritto comune godute soltanto dai cittadini romani. Al non cittadino — originalmente detto *hostis, peregrinus* (230) — fu in progresso

---

(229) Come, per esempio, la legge delle XII Tavole e la legge Aquilia del 467 u. c., la quale ultima dava un'azione di danni per le ingiurie colpose alla proprietà. Benchè le lesioni alle quali si cercava rimedio nella azione fondata su codesta legge non fossero minimamente pertinenti al *ius civile,* tuttavia Gaio dice espressamente (IV 30) che tale azione poteva muoversi dai peregrini e contro i peregrini soltanto in grazia di una finzione di cittadinanza.

(230) Nè « straniero » nè « forastiero » sono parole atte a rendere *peregrinus.* Perchè per *peregrini* si intendevano non soltanto i cittadini degli altri Stati o colonie indipendenti e dipendenti, ma ancora gli ἄπολιδες che non potevano dirsi in tutto cittadini (*cives*): così, per esempio, i *dediticii,* dei quali vinti, Roma aveva distrutta la civica organizzazione; così i rei sbanditi dalla città, e via dicendo. Fino alla concessione generale della cittadinanza fatta da Caracalla, in gran maggioranza i sudditi provinciali si seguitarono a distinguere con l'epiteto di peregrini. Questo nome, benchè lasci desiderare dal lato linguistico, è ancora più esatta parola di « non cittadini »; perchè quest'ultima espressione inchiuderebbe i latini iuniani dell'antico impero (§ 66), i quali pur non essendo cittadini, non erano annoverati fra i peregrini. [Complicatissimi e non ben chiariti dagli scrittori sono i rapporti di Roma con le genti straniere. Da prima si hanno i popoli *vi debellati* da cui traggono origine i servi; quindi i *peregrini hostes* i quali non hanno commercio o connubio con i Romani e a favore dei quali non c'è prescrizione: CONTRA HOSTES AETERNA AUCTORITAS. Seguono i peregrini *dediticii* (*forcti et sanates?*) ammessi al commercio ma non al *conubium;* — i peregrini *hospites* privati e pubblici che diventano *municipes* romani, distinguendosi dai cittadini soltanto per la mancanza del *ius honorum et suffragii;* — vi sono i peregrini *amici,* con patto di neutralità con *commercium* e, forse *ex foedere,* con *recuperatio.* Infine si hanno, fino al 416 u. c., i *socii* distinti in *iniqui* ed *aequi* per le condizioni politiche ma gli uni e gli altri ammessi al *commercium,* al *conubium,* alla *recuperatio.* — Ritenuto pertanto che la *recuperatio* fosse un tribunale misto, privilegiato, per le nazioni che lo potevano imporre a Roma nei patti della alleanza rimane a sapersi se tutti gli altri peregrini, ammessi al *commercium* con i Romani ed esclusi dalla *recuperatio,* mancassero di capacità ad esercitare la *legis actio.* Se si pensi che il

di tempo riconosciuta facoltà d'esercitare tutti quei diritti i quali il *ius gentium* riconosceva ad ogni uomo libero e di prender parte attiva al pari dei Romani a tutti gli atti del *ius gentium;* ma ciò non accadde finchè Roma, in grazia del contatto con altre nazioni e dello sviluppo del commercio e della navigazione, non ebbe riconosciuto necessaria cosa modificare la propria giurisprudenza con la adozione di molte nuove istituzioni più libere e meno esclusive di quelle del *ius civile.* Dai diritti che quest'ultimo conferiva i non cittadini erano in teoria esclusi; ma essi potevano goderne, entro certi limiti soltanto, indirettamente come *amici* od *ospiti* o direttamente in qualità di cittadini di Stato alleato o di una πόλις alla quale codesti diritti fossero stati più o meno specialmente concessi.

L'*amicitia* e l'*hospitium* (231) secondo ogni probabilità erano in uso prima della fondazione di Roma e furono adottati dalla nuova città come istituti essenziali al pacifico sviluppo dello Stato. Il primo era un trattato o convenzione di amicizia, formale o no, ed aveva per iscopo di garentire il libero soggiorno dei membri dell'uno Stato sul territorio dell'altro. Gli *amici* erano considerati *in publica tutela* del potere sotto la giurisdizione del quale temporaneamente si trovavano ed avevano diritto alla protezione delle loro persone e cose, protezione che si esercitava con l'intervento diretto del re o di altro magistrato principale (232). L'*hospitium* che poteva essere

---

pretore peregrino fu introdotto relativamente tardi (512 u. c.) e che gli stranieri non avrebbero avuto quindi alcuna protezione per gli atti compiuti in Roma (salvo che se ospiti per mezzo del patrono), se si pensi che sono evidente le tracce di un florido commercio con i popoli circostanti a Roma in epoca assai più antica, si è indotti ad ammettere che assai presto ed anche sotto l'impero della *legis actio* si usarono le *fictiones* di cittadinanza a favore dei peregrini. Le fonti però tacciono al proposito e la questione rimane nel campo delle ipotesi. Vedi COGLIOLO *Storia del Diritto Romano* Firenze 1887 § 8].

(231) Vedi MOMMSEN *Das Röm. Gastrecht* (*Röm. Forsch.* I 319).

(232) Giustiniano dice (*Inst.* IV 10 pr.) che sotto il sistema della procedura *per legis actiones* la rappresentanza nelle liti era ammessa soltanto *pro populo pro libertate* o *pro tutela.* Altri disse che quest'ultimo caso poteva comprendere l'intervento per un *amicus* essendo questi in *tutela* dell'intero

pubblico o privato, cioè poteva essere accordato tanto ai cittadini, in genere, di un altro Stato quanto ad un solo individuo, e che era di regola ereditario, produceva qualche cosa di simile al patronato; perchè l'*hospes* era sotto la protezione di qualche *paterfamilias* in particolare, il quale per le norme del *fas* era obbligato a provvedere alla salvezza e all'onorevole trattamento dell'*hospes* come se fosse stato suo proprio cliente, con questa differenza che mentre quest'ultimo da lui dipendeva quegli doveva essere trattato da eguale. Tale era il dovere verso lo straniero accolto come ospite che, secondo Sabino, poco più imperiosi erano gli obblighi verso i figli ed i pupilli e molto meno gli obblighi verso i clienti ed i congiunti (233). Ma ciò non basta a supporre che, nel più antico periodo della repubblica almeno, fosse dato all'ospite altro diritto all'infuori della ospitalità e della protezione ottenuta in grazia del patrono. Ogni altro vantaggio dipendeva dagli speciali trattati nel caso di Stati stranieri e da concessioni di Roma nel caso di *dediticii*. Queste concessioni sembrano aver consistito in ciò che tecnicamente dicevasi *ius nexi mancipiique*, diritto di usare delle forme romane di contratto e di trasferimento, e probabilmente delle azioni romane per la protezione loro; non si hanno però in soggetta materia precise e sicure notizie (234).

---

popolo Romano. Ma ciò avrebbe condotto a concedere a quelli che erano *amici* e nulla più — ai Cartaginesi, ad esempio, dopo il trattato del 406 u. c. — un diritto di azione maggiore di quello concesso ai latini i quali avevano con i Romani vincoli d'assai maggiori e pure avevano soltanto la *recuperatio*. [Non pare che il concedere un tribunale speciale con giudici nazionali sia un disfavore di fronte ai peregrini non ammessi alla *recuperatio* i quali o non potevano farsi fare giustizia o dovevano adire i tribunali romani, non certo propensi a favorire gli stranieri anche se questi erano nascosti sotto la cappa di una finzione di cittadinanza].

(233) Gell. *n. a.* V 13, 5. — Gellio stesso tuttavia pospone l'*hospes* al cliente.

(234) Il VOIGT (*XII Tafeln* I 273) le collega alle misteriose disposizioni delle Tavole intorno ai *forcti sanatesque* ricordati nel monco passo di Festo [vedi *Sanates* p. 321 e p. 348, vedi *Forctes* p. 84, e vedi *Forctum* p. 102 M] e che egli ricostruisce come segue (I 733): NEXUM MANCIPIVMQVE IDEM QVOD QVIRITIVM FORCTI SANATISQUE SVPRA INFRAQVE URBEM ESTO. Le sole parole del provvedimento leggibili in Festo sono: *nex... forcti sanati;* ma egli dice

I trattati di Roma con Stati stranieri spesso sancivano reciprocamente il *commercium* e la *recuperatio* e qualche volta anche il *conubium;* così ad esempio con le città della lega latina [235]; così con gli Ernici; in certi casi con i Sanniti e pel trattato del 414 u. c. con i Campani [236]. Più frequentemente i trattati conferivano soltanto il *commercium* e la *recuperatio* e spesso si limitavano all'*amicitia* con privilegi commerciali internazionali. Del resto il *conubium* nei casi suddetti porta con sè soltanto il diritto al matrimonio di un cittadino romano con una donna forestiera o viceversa in guisa che questa unione sia riguardata in ciascuno dei due Stati come *justae nuptiae;* ma esso non dà al marito la *manus* su la moglie e questa non può divenire cittadina romana rimanendo per ciò *peregrina* e facendo parte della famiglia del marito non civilmente ma naturalmente. I figli però cadevano sotto la *patria potestas* di lui, ciò conseguendo *ipso iure* dal matrimonio, là dove la *manus* deriva solo dalla confarreazione o dalla coemzione, forme dalle quali una *peregrina* era esclusa [237]. Se la *manus*, dissolvibile soltanto per diffarreazione o remancipazione, fosse derivata dalle nozze di un Romano con una peregrina, sarebbe impossibile accogliere il racconto di Dionisio: — che nel 257 u. c., prima della guerra con i Latini la quale ebbe fine con la vittoria del Lago Regillo, il senato romano ordinò doversi ritenere disciolti tutti i matrimonii misti, le donne latine maritate a cittadini romani essere libere di far ritorno alle case natìe, e le donne romane dispo-

---

che i *sanates* erano popoli decaduti dal primitivo stato d'alleanza al quale poi erano stati riammessi, là dove i *forcti* erano rimasti fedeli. Non sarebbe stato sufficiente dire NEXUM MANCIPIVMQVE FORCTI SANATISQVE IDEM ESTO? — Vedi ancora VOIGT *Ius naturale* IV 266-285 e per diverse ipotesi HOFFMANN *Das Gesetz d. XII Tafeln von der Forcten u. Sanaten* Vienna 1866.

(235) Quando Roma divenne socia con le città latine il *conubium* era già ammesso sì che una espressa concessione nel trattato era inutile; ciò spiega la mancanza di ogni menzione di esso nel trattato Cassiano dell'anno 261.

(236) VOIGT *Ius nat.* II 147-154.

(237) Poichè la *coemptio* era un atto *per aes et libram* puramente civile e il *commercium* (che comprende la capacità della *coemptio*) andava unito al *conubium*, può essere che si potesse acquistare la *manus* per coemzione con una peregrina; ma le fonti sembrano opporsi a tale ipotesi.

sate a Latini invitarsi a ritornare in patria (238). Il *commercium* riconosciuto da trattati dà ai cittadini di uno Stato il diritto di trafficare entro i confini dell'altro secondo le forme di trasferimento e di contratto proprie a quest'ultimo. Sola difficoltà in proposito è il dubbio se il *commercium* includesse un diritto ai cittadini di uno Stato favorito dal trattato di possedere terre ed altri immobili sul territorio dell'altro Stato. Il fatto che Latini stanziarono in varii tempi in Roma ed acquistarono un limitato voto nelle tribù, non devesi necessariamente attribuire al godimento del *ius commercii;* ma le opinioni sono varie al proposito. Il terzo elemento della triade, *recuperatio,* spesso detta *actio* nel testo dei trattati, era il diritto a fruire della organizzazione giudiziaria con forme speciali alla procedura internazionale. Ne sarà fatta parola nel paragrafo 38.

§ 26.

La gens o clans.

Che le *gentes* fossero colpite nel vivo dalle XII Tavole, scopo principale delle quali era di dare eguali diritti (239) a tutti i cittadini fossero essi membri di associazioni gentilicie o no, era inevitabile. Qualche consuetudine e prerogativa dei clans fu senza dubbio rispettata, quelle cioè l'esercizio delle quali non poteva trovarsi a contrasto con il diritto comune (*lex publica*). Finchè questo contrasto era evitato ogni associazione o corporazione legittima (*sodalitas*) era autorizzata a costituire quelle regole pel proprio ordinamento le quali essa credeva opportune ed a confortarle di sanzione fra i suoi membri (240); la stessa libertà non poteva essere negata alle *gentes* patricie. Queste pertanto ritennero il loro diritto di fare

(238) Dion. V 1. — L'ulteriore racconto di lui, che per fatto dello scioglimento di tali matrimoni i figli usciti di esso seguissero i loro padri e le figlie le loro madri, non merita fede.

(239) « *Duodecim tabulae finis aequi iuris* » Tac. *Annal.* III 27.

(240) Gai. *lib. IV ed XII Tab.* in Dig. XLVIII 22, 4.

statuti, i loro *sacra* speciali, le loro terre ed altre proprietà, la loro giurisdizione disciplinare sui proprii membri, il loro diritto a rifiutare il consenso alla rinunzia di una famiglia che volesse formare una nuova *gens*, il loro potere di sanzionaer o vietare il matrimonio di una donna, la quale non avesse *gentis enuptio* in privilegio personale, con un uomo appartenente ad altra casa gentile [241]. L'esercizio di questi privilegi, come tali ristretti ai soli patrici, non poteva urtare contro la legge comune la disposizione della quale colpiva e patrizi e plebei. Ben diversamente però avveniva per le materie che, prima regolate dalle consuetudini o dagli statuti di ciascuna *gens*, erano ora portate nel dominio del diritto comune e subivano le norme generali. La *gens* per lo passato aveva invocato un diritto di successione ai membri suoi, morti senza testamento e senza eredi del sangue o eredi arrogati (§ 11); ma un altro ordine di successione intestata fu introdotto dalle Tavole (§ 32); sarebbe stato incompatibile con la idea di *aequum ius* il permettere alle consuetudini od agli statuti gentilici di tenere in non cale il nuovo provvedimento. Così per la tutela e la cura; la *gens* provvedeva alla tutela degli orfani, delle donne e degli imbecilli e si incaricava della sorveglianza dei tutori (§ 90); ma le Tavole trattarono tutta questa materia tanto nell'interesse dei cittadini non gentili quanto in quello dei gentili; di guisa che le regole gentilicie in proposito furono per l'avvenire subordinate a quelle del diritto comune. Lo stesso avvenne per la interdizione del prodigo; il diritto di pronunciarla passò ora ai consoli, più tardi al pretore. Così ancora rispetto ai clienti fu disposto che la giurisdizione sin qui esercitata su di essi dalla *gens* passasse agli ordinarii magistrati civili, eccettuato il caso di controversie fra patroni e clienti non contemplato dalle Tavole; ciò perchè anche essi erano cittadini ed ovevano

---

(241) MOMMSEN *Röm. Forsch.* I 10. Non è certo se la sanzione della *gens* sia necessaria nel caso di una *filia familias* la quale passi in *manum mariti* perchè il matrimonio di lei non poteva portare alcuna eventualità alla successione gentile; ma la ragione di ciò è ovvia nel caso di una donna *sui iuris*.

godere degli stessi vantaggi d'ogni altro Romano, non ultimo dei quali era il diritto di citare ed essere citato innanzi ai tribunali ordinarii e di essere giudicato secondo il nuovo *ius scriptum*.

§ 27.

Relazioni famigliari propriamente dette (242).

1. Per quanto si può determinare nessun cambiamento importante fu fatto dalle Tavole intorno ai rapporti fra marito e moglie, se se ne eccettui il riconoscimento della legalità del matrimonio compiuto senza solennità, matrimonio che però non portava con sè quella soggezione della donna al marito (*manus*) la quale era la necessaria conseguenza della confarreazione patricia e della coemzione plebea. Queste rimasero tal quali. Pare però che divenisse uso generale fra i plebei stringere i matrimonii non troppo rigorosamente cioè nel modo riconosciuto legittimo ora dalla legge delle Tavole; — probabilmente ciò, come nel periodo susseguente, fu conseguenza della riluttanza delle donne a rinunciare alla propria indipendenza ed al diritto di ritenere le loro proprietà e gli eventuali guadagni; — più probabilmente ancora derivò dall'uso di con-

(242) [L'A. trascura una elegante questione su la esistenza in Roma e la durata dell'*actio de sponsu* che il Dirksen, il Rudorff e il Padelletti ammettono contro il Voigt e lo Jhering. Il perno della questione è un passo di Varrone (*de l. l.* VI 70-72) coordinato ad un altro di Sulpicio Rufo (presso Gell. IV 4). Il Cogliolo (nota *u* a pag. 169 della *Storia del D. R.* del Padelletti) risolve acutamente la controversia: partendo dal fatto inconcusso di una *sponsio* prenuziale a scopo di fidanzamento (Dig. XXIII 1, 2: *Sponsalia dicta sunt a spondendo nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*. Vedi gli altri passi citati nella suddetta nota *u*) per analogia delle altre *sponsiones* (giudiziali: Gai. IV 94 e 171; e contrattuali, di garanzia: Gai. III 115. — Cic. *pro Quint.* 9) produttive forse di effetti giuridici anche quando la *sponsio* non era ancora convertita in regolare *stipulatio*, è tratto a credere che la *sponsio* dei fidanzamenti prima fosse abbandonata alla *fides*, poi venisse protetta giuridicamente, da ultimo fosse privata di azione pel nuovo concetto che *matrimonia obstringi non possunt vinculo poenae*. — Per tutto ciò e per la questione testuale si vegga la nota *u* ricordata].

durre donna soltanto per farla madre (*matrimonium*), uso necessario prima che fosse introdotta la coemzione per farne una moglie legittima, uso che aveva reso consuetudinarii ed abituali tali rapporti. V'era ancora a quanto sembra l'idea che un uomo potesse acquistare la *manus* con tutte le sue conseguenze su la donna, alla quale si fosse legato senza formalità, per la prolungata coabitazione come acquistava la proprietà di una cosa, pur avendone un titolo difettoso, in grazia del continuato possesso. Questa idea era passata nel diritto consuetudinario; le Tavole la accolsero. Era necessario soltanto definire le condizioni sotto le quali potevasi ritenere che la *manus* fosse acquisita e la moglie cangiata di una dubbia *uxor* in una legittima *materfamilias* (243). Di qui la disposizione che una donna maritata senza confarreazione e coemzione, per conservare la propria indipendenza debba periodicamente assentarsi per tre notti dalla casa del marito; dodici mesi di ininterrotta coabitazione essendo richiesti a dare a quest'ultimo tale potere sulla donna quale sarebbe sorto al momento della conclusione del matrimonio se questo fosse stato accompagnato da l'una o da l'altra delle consuete solennità (244).

Tra i frammenti delle Tavole con tanta cura raccolti non ve ne è alcuno che si riferisca alla dote; ma difficilmente si può ritenere che questa fosse ancora ignota. Giustiniano dice che in antico la dote era riguardata come una donazione fatta dal marito alla moglie (245) piuttosto

---

(243) « *Genus est uxor eius duae formae: una matrumfamilias, eae sunt quae in manum convenerunt: altera earum, quae tantummodo uxores habentur* ». Cic. *Top.* III 14. Boezio, commentando questo passo, dice che la parola *materfamilias* era applicata soltanto alle mogli le quali erano convenute *in manum* per coemzione. Il suo errore è dovuto al fatto che egli attingeva informazioni da qualche autore il quale aveva scritto dopo che la *manus* per coabitazione era andata in disuso e dopo che la confarreazione era stata dichiarata per legge non essere più produttiva di *manus* eccettochè *quoad sacra* (Gai. I 111 e 136).

(244) Gai. I 111 — Macrob. *Sat.* I 3, 9. [Tutte queste forme di matrimonio ammesse dalle XII Tavole erano accompagnate da diversi riti non giuridici sui quali si vegga MARQUARDT *Privatleben d. R.* I 27. — VOIGT *XII Taf.* II 680. — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 167 *n.*]

(245) Cod. V 3, 20 [Dos, δώς (δίδωμι), deriva appunto dal scr. *da*- dare ed

che un patrimonio distinto goduto dal marito finchè il matrimonio durava e devoluto alla donna od a' suoi eredi quando il matrimonio sciogllevasi. È facile vedere che, quando eravi la *manus* e la moglie entrava nella famiglia del marito portando in proprietà di lui ogni cosa che ella possedeva, la dote dovesse avere il carattere di donazione. Ma anche allora quando alcuno dava sua figlia (*filias familias*) — la quale nulla avesse di suo — in matrimonio, promettendo al marito una somma, deve esservi stato qualche spediente di legge per costringere il padre a pagare secondo la promessa; la congettura del Voigt che a ciò servisse un *actio dictae dotis*, ha molte probabilità in suo favore (246).

---

ha la stessa origine di *donum* e δόρον. Si ritiene in genere che la dote sorgesse nei matrimoni liberi; e ciò è vero della dote *restituenda;* ma la dote *donazione* poteva esistere anche sotto il regime della *manus* quando la donna nulla avesse avuto di suo ed il padre di lei avesse data al marito *nuptiarum causa* (Varr. *l. l.* v 36, 175) una qualche *pecunia*].

(246) VOIGT *XII Tafeln* II 486. — La *dotis dictio* del tempo dei giuristi classici e descritta da Gaio (III 95) e da Ulpiano (*Fragm.* VI 1, 2) aveva diverso carattere; perchè presumeva l'assenza della *manus* e la possibilità della moglie stessa di farne promessa. La *dictio* fatta da un parente nel diritto antico deve essere stata risguardata come qualche cosa più di un *nudum pactum*, e quindi produttiva di azione in grazia della confarreazione o della coemzione dalla quale era accompagnata; appunto come i *dicta* di un venditore intorno alle qualità delle terre vendute davano luogo ad azione perchè fatte nel trasferimento *per aes et libram*. [Queste parole dell'A. adombrano il concetto del Berstein che la *dictio dotis* fosse una *lex mancipii* nella coemzione, concetto che ha per sè molte probabilità. È notevole anche l'ipotesi del Cogliolo, che la costituzione di dote fosse fin da tempo relativamente antico un atto indipendente rivestito della forma generale cioè della *mancipatio* perchè consiste nel trasferimento di un complesso di cose o di denaro e che prima di questa *datio* o *mancipatio dotis* si usasse fare come atto di *potestas* del padre una solenne *dictio* o promessa che, per estensione di giurisprudenza, produsse effetti giuridici anche se non seguìta da *mancipatio* e divenne così forma speciale di costituzione. Vedi su ciò e su altre interessanti particolarità in materia PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 178 *i* Le tre (uniche?) forme di costituzione di dote, *dictio* — *promissio* — *datio*, esistevano certamente nel 746 di Roma quando fu rogata la *lex iulia de marit. ordin.* (Ulp. XI 20. — GADDI *Cronologia delle leggi com. rom.*, Torino 1887), ma non è possibile determinare con sicurezza quale di esse fosse la più antica. Il concetto dell'obbligo legale di restituzione della dote e la conseguente *actio rei uxoriae*, ha il Cogliolo dimostrato (*l. c.* p. 177 *h*).

Rispetto al divorzio Cicerone allude vagamente ad una disposizione delle Tavole la quale riguardava il marito che avesse tolto le chiavi di casa alla moglie e l'avesse messa fuori della porta con simili parole « prendi quello che è tuo e vattene » (247). Tale sommaria e semplice procedura può difficilmente essersi usata quando il matrimonio era stato contratto per confarreazione o per coemzione. Si sa che il divorzio salvo i casi di grave colpa della donna, benchè ammesso dalla legge, fu in pratica inusato fino al sesto secolo di Roma, e si sa che sino alla stessa epoca quegli che avesse rinviata la moglie, quantunque per serie ragioni, senza il giudizio del consiglio famigliare (*consilium domesticum*) era soggetto a pene imposte dai censori. Inoltre un matrimonio confarreato poteva essere disciolto *inter vivos* soltanto per diffarreazione (248) ed un matrimonio *ex coemptione* solo per remancipazione (249). È perciò probabilissimo che la legge alla quale Cicerone allude si riferisca ai liberi e non formali matrimonii plebei nei quali la moglie era al più *uxor* e non *mater familias;* e che avesse per iscopo di assicurare l'uso innanzi a testimonii di un atto formale ma semplice con le corrispondenti parole di rito, il quale servisse di prova positiva che la unione aveva avuto fine.

2. In relazione al diritto che regola i rapporti fra

---

essere posteriore al 523 di R., cioè al divorzio celebre di Spurio Carvilio (Gell. IV 3), ed anteriore ai tempi di Muzio Scevola (Dig. XXIV 3, 66 pr.). Prima l'obbligo era contrattuale; derivava da una *cautio rei uxoriae,* da una *lex (mancipii) dotis recepticiae* (Dig. XXIII 4, 7 e 20). — Parallelamente a questi concetti si svolse la teoria intorno alle garanzie date al marito per la evizione della dote, su la quale vedi COGLIOLO *Quaestiones vexatae de dote* (Archiv. Giur. XXIX 153) e *Saggi sopra l'evoluz. del diritto* Torino 1885 p. 33. — FADDA *Evizione nella dotis datio* (Archiv. Giur. XXXI 359)].

(247) Cic. *Phil.* II 28, 69. — Vedi anche Cic. *de orat.* I 40, 183 e Gai. *ad ed. prov.* in Dig. XXIV 2, 2, 1.

(248) Paul. Diac. v. *Diffareatio* [vedi § 9 n. 53].

(249) Al tempo di Gaio (I 137 a) un matrimonio stretto per coemzione poteva essere disciolto *quoad* le relazioni coniugali con il solo repudio; la remancipazione era necessaria soltanto allo scopo di estinguere la *manus.* Ma questa è evidentemente la dottrina di un'epoca di molto posteriore alle Tavole ed incontrò favore dopo che la *manus* venne risguardata come relazione capace di esistere indipendentemente dal matrimonio (vedi Gai. I 114).

padre e figlio e forse con la intenzione di dirimere le possibili controversie sul diritto di un fanciullo, nato dopo la morte del padre, a succedere a lui, le Tavole ritennero essere legittimo erede quegli solo che fosse nato entro dieci mesi dalla morte del *de cuius*, essendo questo il più lungo periodo di gestazione (250). Due o tre altri frammenti si riferiscono alla *patria potestas*. Questo potere del capo della famiglia su i figli era così bene stabilito dal diritto consuetudinario da non richiedere alcuna sanzione o definizione di legge. Non sarebbe strano che alcuno sollevasse la questione teorica se la *potestas* resulti da un matrimonio senza solennità non seguìto dalla ininterrotta coabitazione di un anno. I patrizi, nelle discussioni intorno alla legge canuleia di pochi anni appresso, non poterono trovare parola abbastanza ingiuriosa per qualificare tali unioni; ma il silenzio delle Tavole su questo punto, per quanto si può giudicare dai frammenti che ne rimangono, sembra indicare che (benchè la posizione della donna fosse inferiore finchè non era compiuto l'anno della ininterrotta coabitazione) la condizione dei fanciulli, per ciò che si riferisce alla *potestas* (251) fosse la stessa di quelli nati da matrimonio confarreato o per coemzione (252). Cicerone dice che le Tavole posero questo limite al potere del padre (limite che Dionisio attribuisce a Romolo) (253): che non potesse uccidere un neonato gravemente deforme, pur potendo esporlo (254); ma ciò non

(250) Gell. III 16, 12. — In un periodo più recente divenne cosa non strana per un testatore, provvedendo ai discendenti postumi, di fare una espressa condizione della successione dei nascituri entro dieci mesi dalla sua morte.

(251) La nascita di matrimonio confarreato era un requisito necessario per gli alti gradi pontificali (Gai. I 112).

(252) Il Karlowa (*Röm. Ehe* p. 71) crede che i nati da un matrimonio senza formalità, non regolarizzato prima della loro nascita con l'*usus* di un anno, non fossero *in potestate* e non potessero essere *sui heredes* del padre. Ma la *potestas* dipendeva dalle *iustae nuptiae*, cioè dalla esistenza del *conubium* e non dalle cerimonie nuziali. Così è notorio che secondo il diritto più recente il matrimonio era puramente consensuale e ciò nondimeno i figli erano *in potestate*.

(253) Dion. II 15.

(254) Cic. *de leg.* III 8, 19.

colpiva, è chiaro, il suo diritto generale di vita e di morte proprio alla sua domestica giurisdizione.

Altra notevole disposizione relativa alla *patria potestas* era quella della legge: *si pater familias ter filium venum duit, a patre filius liber esto* (255). Questa i giuristi usurparono a significare: essere così potente il vincolo della *potestas* che non può completamente sciogliersi finchè il padre stesso per tre volte non vi ha rinunciato con il mezzo di vendite fittizie dalle quali deriva la emancipazione. — Ma lo spirito della legge sembra indicare che essa mirava a favorire il figlio *in potestate* dichiarandolo *ipso iure* libero con quelle formalità, anzichè a porre ostacoli e difficoltà alla sua emancipazione. «Se un padre di famiglia ha venduto per tre volte il figlio questi sarà libero dal padre». Con ciò si mirava a liberare il figlio dalla frequente ripetizione di quell'atto che a lungo andare significava mancanza totale di affezione paterna piuttosto che riluttante obbedienza alla opprimente necessità. Non può codesta legge aver voluto restringere la pratica, che prevalse nell'ultimo periodo dell'impero, di dare ai creditori in garanzia dei crediti loro, i figli? (256) Spediente che, al tempo delle Tavole, poteva essere usato soltanto mediante il reale trasferimento *per aes et libram* del fanciullo come liberto (*mancipii causa*) sotto condizione di rimancipazione non appena eseguito il pagamento del debito.

Per quanto è noto, non v'è parola delle Tavole intorno alla arrogazione di un *pater familias* o all'adozione di un *filius familias*, come mezzo di continuare una famiglia quando manca la discendenza naturale. La prima illazione che da ciò si ricava è che essendo competenti soltanto i comizii delle curie, ai quali i plebei non erano ancora

---

(255) Gai. I 132. Ulp. X 1. — Anche questa disposizione è attribuita da Dionisio (II 15) a Romolo. [Dionisio la spiega come se limitasse a tre alienazioni il diritto di vendita del figlio che al padre compete].

(256) Paul. in Dig. XX 3, 5 dice che un creditore era punibile di bando quando avesse accettato scientemente in garanzia del suo credito un *filius-familias* del suo debitore. Ma la pratica continuò ancora, perchè la si vede di nuovo proibita da Diocleziano in Cod. VIII 17, 6 e IV 43, 1 e da Giustiniano nella Nov. CXXXIV 7.

ammessi, codesti istituti fossero esclusivamente patrizii; la seconda conseguenza è che si rese necessario adattare a tale scopo l'atto *per aes et libram* (§ 13). Il padre naturale mancipava il figlio ad un amico per un prezzo simbolico (ciò doveva ripetersi due volte nel caso della emancipazione di un figlio) e l'amico lo rimancipava al padre. Nelle mani di quest'ultimo il figlio non era più *in potestate*, ma *in mancipio;* egli era allora in condizione di essere trasferito al suo adottante. Ciò si faceva con la in *in iure cessio* — un'amichevole lite nella quale l'adottante sosteneva che il bambino era suo *filius familias* e questi gli veniva aggiudicato dalla sentenza data in suo favore per l'espresso consenso o per la tacita acquiescenza del padre naturale (257).

3. La natura della relazione fra padrone e schiavo, simile a quella della *manus* e della *patria potestas*, sembra del pari essere stata così nota da non richiedere alcuna disposizione delle Tavole. Ci rimangono due sole allusioni ad essa, l'una risguardante il caso di uno schiavo fatto libero per testamento ma sotto condizione (*statu liber*) (258), l'altro relativo all'abbandono di esso in *noxa* (*noxae deditio*) (259). La prima disposizione è importante perchè mostra il progresso fatto già in riguardo alle disposizioni testamentarie, — che un testatore potesse non solo liberare uno schiavo con atto d'ultima volontà, ma ancora porvi delle condizioni, come il pagamento di una certa somma per fatto dello schiavo allo erede. Le Tavole disponevano che la condizione non fosse frustrata se l'erede vendeva lo schiavo, perchè lo stato condizionale continuava a favore di lui, e che il pagamento, fatto a qualunque degli acquirenti a cui fosse giunto dopo di essere stato venduto dall'erede, valesse come se fatto a quest'ultimo. La regola sulla cessione nossale, secondo ogni probabilità

---

(257) Gai. I 134. [Per maggiori particolari, per l'azione con cui il padre faceva valere i suoi diritti (*vindicatio*), per il *peculium* dei figli *in potestate*, vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 181 e seg. — COGLIOLO *Saggi sopra la Evol. del D. Priv.* p. 116].

(258) Ulp. *Fragm.* II 4. — Modest. in Dig. XL 7, 25.

(259) Gai. IV 76. — Iust. *Inst.* IV 9 pr.

non era limitata agli schiavi, ma era una conseguenza del principio che se un membro di una famiglia (*familiaris*), cioè un figlio o una figlia *in potestate*, od uno schiavo e commettono un furto o cagionano altri danni alle proprietà di un terzo, o un animale domestico dell'uno nuoce all'altro, il padre del colpevole o il padrone dello schiavo e dell'animale può cederli alla persona danneggiata o compensare i danni. In processo di tempo la cessione fu risguardata come un mezzo di evitare la principale obbligazione di compensare i danni. Ma la giurisprudenza comparata riconosce nella legge delle Tavole un resto modificato dell'antico diritto della parte lesa di avere il *corpus* colpevole — uomo bestia o cosa — per esercitare su di lui la privata vendetta (260). Questa cessione nossale, mancando la riparazione dei danni, andò in disuso pel caso delle figlie *in potestate* prima dei tempi di Gaio, e pel caso dei figli prima di Giustiniano; ma la legge rimase intatta benchè gli schiavi e gli animali fossero oggetto della legislazione di quell'imperatore (261).

§ 28.

Tutela. Introduzione dell'ordine degli agnati (262).

Finchè Roma fu patrizia, la *gens*, dopo la morte di un gentile, provvide tanto alla custodia dei figli impuberi della moglie e delle figlie non maritate, benchè puberi, di lui (*tutela*), quanto a quella dei maschi *sui iuris* benchè puberi quando essi mostravano di essere pazzi imbecilli prodighi o infermi senza speranza di guarigione (*cura, curatio, curatela*). V'era il concetto, rispetto ai figli alla vedova ed alle figlie nubili puberi che nessuna nomina testamentaria di tutori fatta dal loro parente morto potesse tor di mezzo la *gens* (benchè sia impossibile dire

---

(260) DIRKSEN *Civilistische Abhandlungen* Berlin 1820, I 104. — HOLMES *Lectures on the Common Law* Boston 1822 p. 9.

(261) [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 241 e seg.]

(262) [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 188 e seg.]

se le nomine testamentarie fossero allora valide). Probabilmente la *gens* nei *concilia* sceglieva alcuno dei suoi membri per farlo tutore o curatore secondo i casi, prescrivendogli i doveri e chiedendo poi conto a lui d'ogni mancanza nella sua amministrazione. Tale ufficio era risguardato come avente il più sacro carattere almeno quando i pupilli erano impuberi. Gellio ed altri parlano ripetutamente della grave natura dei doveri incombenti ai tutori e della severità per le colpe di essi (263).

Ma poichè questa vecchia tutela gentilicia non poteva estendersi ai plebei e poichè per questi qualche legge in proposito era necessaria come pei loro concittadini dell'ordine maggiore, i decemviri vollero trovare un nuovo istituto di universale applicazione. Le tavole non contenevano alcuna espressa disposizione per la nomina testamentaria dei tutori alla vedova del testatore od a' suoi figli impuberi ed alle figlie nubili; ma tale nomina, se anche ignota prima, fu presto legittimata con una libera interpretazione della disposizione molto comprensiva — UTI LEGASSIT SUAE REI ITA IUS ESTO (264). Nella mancanza di nomina testamentaria i più prossimi agnati maschi di età maggiore dovevano essere tutori. Questa tutela degli agnati era una invenzione dei decemviri, al pari del diritto degli agnati alla successione intestata (§ 32). I plebei non avevano *gens*, almeno fino ad epoca molto recente; così, per fare una legge eguale per tutti fu necessario introdurre un nuovo ordine di eredi e di tutori. « *Tutores... ex lege XII Tabularum introducentur... agnati* » è la notevole frase di Ulpiano (265). E le sue parole sono molto simili a quelle che usa quando parla del loro diritto di successione; perchè mentre delle eredità testamentarie dice soltanto che

---

(263) « *Ex moribus populi Romani primum iuxta parentes locum tenere pupillos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos... M. Cato... ita scripsit: quod maiores sanctius habuere defendi pupillos quam clientem non fallere* » Gell. V 13, 2 e 4.

(264) Così la legge è data da Gai. II 24. Le parole SUPER PECUNIA TUTELAVE intercalate da Ulpiano *Fragm.* XI 24 ed altri autori dopo LEGASSIT paiono essere una glossa degli interpreti.

(265) Ulp. *Fragm.* XI 3 — vedi nota 268.

esse furono *confermate* dalle XII Tavole (266), spiega poi che le *legitimae hereditates* degli agnati e dei patroni *derivarono* da esse (267). Le frasi *legitima cognatio* (268), *legitima hereditas, legitimi heredes, tutela legitima, tutores legitimi*, rivelano l'origine della agnazione, della successione agnatizia e della tutela degli agnati; perchè se bene la parola *legitimus* possa essere applicata ad ogni istituzione basata sulla legge, tuttavia di regola indica gli istituti introdotti dalle XII Tavole (269), la legge delle leggi.

Gli agnati di alcuno erano i parenti al pari di lui soggetti attualmente alla stessa *patria potestas* o soggetti se il comune antenato ancor vivesse (270). I figli e le figlie *in potestate*, quindi, siano essi tali per nascita o per adozione e la moglie *in manu* (essendo *filiae loco*) (271), erano l'uno di fronte all'altro agnati (272); ma una moglie non *in manu*

---

(266) Ulp. *Ad leg. Iul.* in Dig. L 16, 130: « *Lege duodecim Tabularum testamentariae hereditates confirmantur.* »

(267) Ulp. *Fragm.* XXXII 5: « *Legitimae hereditatis ius .... ex lege duodecim Tabularum descendit* ». Questa derivazione della successione agnatizia dalle dodici Tavole fu specialmente rilevata dal DANZ (*Gesch. de. R. R.* II 95) ma è generalmente trascurata.

(268) « *Vocantur autem agnati qui legitima cognatione iuncti sunt* » Gai. III 10. Prima delle XII Tavole la parentela e i parenti dicevansi sempre *cognatio* e *cognati;* soltanto dopo di esse queste parole assunsero un significato più ristretto e furono limitate ai parenti diversi dagli agnati.

(269) « *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur, qui ex lege XII Tabularum introducuntur* » Ulp. XI 3.

(270) Questa definizione è più semplice di quella data da Gaio (I 156) e da Giustiniano (*Inst.* I 15, 1 e III 3, 1). Quella di Ulpiano (*Fragm.* XXVI 1) la quale sembra negare che una donna, all'infuori delle sorelle, possa essere l'agnata d'un uomo, ha verosimilmente subìta la influenza della interpretazione restrittiva data alla parola *adgnatus*, posta in relazione con il diritto di successione, dai giureconsulti della seconda metà della repubblica e non conciliabile con il significato originale che essa aveva nelle Tavole (vedi Iust. *Inst.* III 3, 3 *a*).

(271) Gai. I 115 *b* e 136; II 139.

(272) Benchè un marito e la moglie di lui *in manu*, un *paterfamilias* ed i suoi figli *in potestate*, fossero in certo senso agnati, tuttavia per una ragione evidente, essi non erano usualmente considerati tali. Nel linguaggio quotidiano l'agnazione era una parentela fra collaterali. Qualche giureconsulto, come Ulpiano (*Fragm.* XXVI 1), chiama di preferenza *consanguinei* i fratelli e le sorelle nate da lo stesso padre (Di certo essi non sarebbero agnati

non era agnata dei suoi figli, e nè i figli emancipati o in altra guisa *capiti minuti* (§ 29) erano agnati sia dei loro fratelli e sorelle, sia della madre loro *in manu*. Ognuno era agnato dei figli del fratello semprechè non fosse avvenuto dall'altro lato *capitis diminutio;* ma egli non era egualmente l'agnato dei figli di sua sorella perchè essi non erano *eiusdem familiae* (273); questi ultimi essendo agnati nella famiglia del padre e non in quella della madre loro. In tal modo e salvo sempre i casi di *minutio capitis,* i figli di fratelli erano l'uno e l'altro agnati, ma non i figli di fratello e sorella o di due sorelle. Fratelli e sorelle erano agnati del secondo grado fra di essi; lo zio coi nipoti agnati in terzo grado, i cugini figli di fratelli (*consobrini*) agnati del quarto, e così via dicendo; tuttociò però sotto la condizione che la parentela risulti sia da legittimo matrimonio, sia da adozione nell'una o nell'altra forma.

Quando, adunque, un tale muore lasciando dei discendenti maschi e impuberi o figlie nubili, i quali tutti per fatto di codesta morte divengono *sui iuris* (274), questi cadono sotto la tutela del loro fratello di età maggiore; se la moglie sopravvive al marito, dopo essere stata *in manu* di lui, i figli sieno pure figliastri agiscono per essa in qualità di tutori; in altro caso diverso essi assumono l'ufficio come agnati maschi i più prossimi. Se la vedova non ha figli o figliastri maggiorenni e i figli conseguentemente non hanno fratelli, la tutela si devolve agli agnati dell'ordine susseguente, cioè ai fratelli germani e consanguinei del marito e padre morto, perchè essi erano agnati del terzo grado. E così con agnati del quarto e di più remoti gradi (275). Non potendo gli agnati dimo-

---

qualora non avessero un medesimo genitore). [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 191 *a* e *b*].

(273) Ulp *Fragm.* XXVI 1.

(274) Erano solo le persone *sui iuris* quelle che abbisognavano o potevano avere tutori. Un nipote *in potestate,* se il padre suo viveva e non aveva subito *capitis deminutio,* passava nella *potestas* di lui quando il nonno moriva, e non diveniva affatto *sui iuris.*

(275) A determinare il grado di parentela fra due persone era necessario calcolare le generazioni di ascendenti da l'una di esse sino al comune ante-

strare la loro parentela, la tutela probabilmente passava alla *gens* cui il pupillo per avventura appartenesse. Ciò in niun luogo è detto espressamente; ma Cicerone riporta una disposizione delle Tavole nella quale i congentili di un pazzo son detti di lui tutori in mancanza di agnati (276); e l'analogia sembra giustificare la estensione della stessa regola al caso di tutela di un impubero sano e di una donna (277).

È naturale supporre che, introducendo una istituzione, che per i plebei almeno era nuova, le Tavole dessero qualche indicazione sulla natura dei poteri dei doveri e su il limite della responsabilità dei tutori; queste responsabilità non dovevano essere molto piccole perchè la tutela era un *officium* che doveva essere adempiuto non secondo regole fisse e determinate ma secondo i dettami della *fides*, — un onesto e coscienzioso rispetto agli interessi del pupillo. Tutto che si sa con certezza è che se un tutore usurpava qualche cosa di proprietà del suo tutelato, in proprio uso, poteva essere proseguito con una azione *ex delicto* — una specie di *actio furti* — pel doppio del valore dell'oggetto distratto (278); e che se la sua amministrazione lasciava luogo a sospetti ognuno poteva nell'interesse del pupillo intentare un'azione per rimoverlo dall'ufficio (279). Certamente era in ogni modo tenuto a render conto della sua gestione quando la tutela di un pupillo maschio (almeno) aveva fine, ma non ri-

---

nato e quella dei discendenti dalla stessa persona all'altra. Conseguentemente i fratelli erano uniti in secondo grado, lo zio e il nipote in terzo, i primi cugini in quarto e così via dicendo: *totgradus quot generationes*.

(276) Cic. *de inv.* II 50, 149 — Si confronti Paul. in *Dig.* L 16, 53.

(277) La *gens* succedeva *ab intestato* in mancanza di agnati; e Gaio (I 165) dice essere principio generale che la tutela e la successione andassero di conserva. Ma si deve notare che la successione della *gens* era ampiamente giustificata dalla regola che la negava agli agnati di grado più remoto se nessuno del più prossimo esisteva quando era aperta la successione stessa (Gai. III 12, 22); là dove nessuna regola di tale natura era ammessa nella devoluzione della tutela (Iust. *Inst.* III 2, 7). Il passo nel quale si suppone Gaio parlasse del diritto della *gens* in fatto di tutela (cioè fra i §§ 164 e 165 del primo libro) è sfortunatamente illeggibile.

(278) Triph. in Dig. XXVI 7, 55, 1.

(279) Ulp. in Dig. XXVI 10, 1, 2 — Iust. *Inst.* I 26, pr.

sulta dalle fonti in che modo fosse originariamente la sua responsabilità fatta valere; la comune *actio tutelae*, benchè Cicerone dica che essa risale a più alta antichità, sembra che non sia divenuta famigliare fino al sesto secolo al più presto.

La curatela dei minori puberi è più recente delle Tavole. Le sole *curae* che esse sanzionavano erano quella dei pazzi e quella dei prodighi. Un pazzo (*furiosus*) era commesso alle cure dei suoi agnati, e, in mancanza di essi, dei suoi congentili (280); alcune parole di Festo sembrano insinuare che la legge risguardasse anche la sua custodia personale (281). Oltre a ciò noi non conosciamo alcun'altra cosa intorno alla curatela decemvirale dei pazzi nè sappiamo verso chi fosse responsabile il curatore. La curatela di uno scialacquatore (*prodigus*) probabilmente seguiva la sua interdizione. In epoca più antica ciò richiedeva l'intervento della *gens*. Ma dalle Tavole la conoscenza delle prodigalità di colui che dissipava il suo patrimonio (*bona paterna avitaque*) e riduceva in povertà i suoi figli, sembra essere stata trasferita al console (282); ed il fatto della sua interdizione sembra desse facoltà agli agnati suoi — o piuttosto, non potendo egli occuparsi più a lungo dei suoi affari, pare si rendesse ad essi necessario — di assumere la qualità di tutori (283).

§ 29.

Capitis deminutio (284).

Qualunque fosse l'originaria significazione di *caput*, questa parola passò a significare anzitutto una persona che la legge riguardava come capace di diritti e deriva-

---

(280) Cic. *de inv.* II 50, 148.

(281) « *Ast ei custos nec escit* ». Fest. v. *Nec.* p. 162 M.

(282) Paul. *Sent.* III 4 a 7. — Ulp. in Dig. XXVII 10, 1.

(283) Ulp. *Fragm.* XII 2. [Per moltissimi particolari ommessi dall'A. e per le fonti più ampie relative a questa materia della tutela e successione legittima vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 191 e seg.]

(284) SAVIGNY *System* II §§ 68-74 e *Beilage* VI. — PUCHTA *Inst.* II §§ 219 e 220. — RATTIGAN *The Roman Law of Persons* London 1873 p. 58 e seg. —

tamente la sua personalità o giuridica capacità, passiva ed attiva, nella vita pubblica e nella vita privata. La piena capacità dipendeva, secondo le nozioni romane, da tre condizioni: 1) la persona doveva essere libera, non schiava; 2) essendo libera, doveva essere cittadina; 3) essendo cittadina, doveva avere una certa posizione rispetto alla sua famiglia. Colui che non era libero mancò affatto di diritti (285), secondo la teoria a un tempo del *ius civile* e del *ius gentium;* e non fu considerato come *persona* finchè le dottrine del *ius naturale* non giunsero a riconoscere in lui qualche cosa più di un bene mobile, e nè mai fu preso direttamente sotto la protezione della legge. La capacità dei liberi variava secondo che essi erano o non erano cittadini; in quest'ultimo caso, solamente in via di eccezione, alcuno poteva godere dei diritti pubblici del cittadino; dei diritti privati aveva quelli soltanto che erano compresi nel *ius gentium* e quelli che gli erano stati specialmente concessi. Fra i soli cittadini era riconosciuta la supremazia del *paterfamilias* e la soggezione delle persone *in manu, potestate,* o *mancipio;* soltanto fra di essi era di qualche momento la condizione di un individuo nella famiglia. Là dove era di poca importanza pratica rispetto alla vita pubblica (286) la supremazia o la soggezione di alcuno nella famiglia, questa era di tale valore nella vita privata che il *paterfamilias* e non altri godeva della piena giuridica capacità; i suoi soggetti avevano una

---

PERNICE *Labeo* I 172 e seg. — KUNTZE *Excurse* p. 428. — MOYLE *Inst.* I 172 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 291 *f*].

(285) « *Servile caput nullum ius habet* ». Paul. in *Dig.* IV 5, 3 1.

(286) [La consuetudine quotidiana limitava il rigore del diritto, ma potenzialmente e giuridicamente il padre conservava un assoluto imperio sul figlio quand'anche questi avesse raggiunto le supreme cariche della repubblica. Si ricordino, a cagion d'esempio, le belle parole di Valerio Massimo (lib. V cap. 4 *de pietate in parentes* § 5) a proposito della *rogatio de agro gallico et piceno* fatta dal tribuno della plebe C. Flaminio C. f. L. n. l'anno 526 di Roma: « . . . *cum (Flaminius) tribunus plebis legem de gallico agro viritim dividendo, invito et repugnante senatu, promulgasset, precibus minisque eius acerrime resistens, ac ne exercitu quidem adversus se conscripto si in eadem sententia perseveraret, absterritus; postquam pro rostris ei legem iam referenti* PATER MANUM INIECIT, PRIVATO FRACTUS IMPERIO *descendit e rostris* NE MINIMO QUIDEM MURMURE DESTITUTAE CONCIONIS REPREHENSUS ».

personalità molto più limitata [287] e non avevano in sè la capacità richiesta a prendere parte agli atti del *ius civile*, ma dal loro *paterfamilias* la derivavano, come esecutori della sua volontà, come rappresentanti della sua *persona* in ogni atto per il quale si acquistasse qualche diritto alla famiglia loro.

In coerenza di questi concetti, quando alcuno perdeva la libertà, o la cittadinanza, o cangiava di famiglia, si diceva che aveva subito *capitis deminutio*, cioè perdita o diminuzione della sua giuridica capacità. La perdita della libertà era *maxima capitis deminutio;* la perdita della cittadinanza, per esilio o per deduzione di colonia latina, era *media capitis deminutio;* l'ultimo caso, *familiae mutatio* o *commutatio*, era *minima capitis deminutio* [288]. Che dai due primi casi serii e dannosissimi effetti derivassero alla capacità d'alcuno, è troppo evidente per richiedere spiegazioni; essi manifestamente importavano diminuzione di capacità. Ma non è così chiaro a prima vista che un semplice cangiamento di famiglia possa ragionevolmente essere detto *deminutio capitis*. Tali cangiamenti avvenivano per l'uno o l'altro di questi tre motivi: 1) perchè una persona *sui iuris* diveniva *alieni iuris;* 2) perchè una persona *alieni iuris* diveniva *sui iuris;* 3) perchè una persona *alieni iuris* passava dall'uno all'altro *ius*. Si ha un esempio del primo caso nel passaggio per arrogazione di un *paterfamilias* nella *potestas* di alcun altro che diviene di lui padre adottivo e nel passaggio di donna *sui iuris* per confarreazione o coemzione nella *manus* del marito; in ambedue queste ipotesi si ha senza dubbio alcuno *capitis deminutio*, cangiamento di famiglia

(287) Si possono trascurare alcune eccezioni, proprie a più recente periodo, come quelle che non colpiscono il principio generale. Tale, per esempio, la teoria che risguarda il *filiusfamilias*, rispetto al suo *peculium castrense*, come un *paterfamilias*, e simili.

(288) [L'A. non distingue i diversi periodi storici relativi alla *capitis deminutio;* e pure da le fonti apparisce evidente che in epoca antica, due sorta soltanto di *deminutiones* erano dai giureconsulti conosciute, quella cioè derivante dalla perdita di cittadinanza e di libertà (*maxima*) e quella che proviene dal passaggio di una in altra famiglia (*minima*). Su questo punto veggasi il PERNICE al *l. c.* dall'A. (*sopra*, n. 283) e VOIGT *XII Tafeln* II § 73.]

in peggio. Esempi del secondo caso si ravvisano nei figli *in potestate* che divengono *sui iuris* alla morte del loro *paterfamilias,* in un *filius familias* consacrato come flamine, in una *filia familias* presa come vestale, in un figlio emancipato dalla *patria potestas,* o in una moglie *in manu* liberata per remancipazione. In tutti questi casi il cangiamento aveva lo stesso carattere, di passaggio dalla dipendenza alla indipendenza. Ma dinanzi alla legge gli effetti erano ben diversi. I figli che divenivano *sui iuris* per la morte del padre loro non cangiavano di famiglia; il cangiamento consisteva non in essi, ma nella scomparsa del capo di casa; quindi essi non erano riguardati come *capite minuti.* Nè lo erano le vestali o i flamini; perchè cangiavano essi bensì di famiglia, ma dalla famiglia umana passano alla divina. Ma i figli emancipati e le mogli remancipate si reputavano aver subìto *capitis deminutio,* quantunque nel fatto essi migliorassero la loro condizione.

Alcuni giuristi, fondandosi su una osservazione di Paolo, tentano di spiegare l'apparente contraddizione ritenendo che, per fatto della mancipazione o della rimancipazione, la persona che stava per acquistare l'indipendenza dovesse temporaneamente discendere a condizione quasi servile e fosse così realmente degradata, *capite minuta.* Questa spiegazione deriva dalla credenza che la *capitis deminutio minima* importi necessariamente un abbassamento di grado nella famiglia. Ma ciò è erroneo. Infatti era al tutto indifferente che il cambiamento fosse da uno stato più alto ad uno più basso della famiglia, o da uno più basso ad uno più alto, o finalmente da uno stato ad un altro eguale, poichè era il cambiamento di famiglia e non già il cambiamento della condizione che costituiva la *capitis deminutio.* Quantunque ogni figlio emancipato divenisse *paterfamilias* e come tale fosse il fondatore di una nuova famiglia e acquistasse una nuova indipendente capacità, tuttavia perdeva i diritti di progenitura e quella capacità che prima godeva in qualità di membro della famiglia che aveva abbandonato, onde era *capite minutus* per tutto ciò che si riferiva a quella famiglia. La parentela con essa era spezzata e la sua antica *persona* si estingueva

per dar vita con lo stesso atto ad una nuova personalità. Lo stesso avveniva quando una persona *alieni iuris* passava da un *ius* ad un altro, come quando un *filiusfamilias* era dal padre trasferito sotto la podestà di un adottante, o quando i *filiifamilias* di una persona passavano con questa per mezzo di arrogazione sotto la podestà dell'arrogante. Non vi era alcun cambiamento nella personalità dei fanciulli, nè nell'un caso, nè nell'altro: essi rimanevano sempre *filiifamilias:* ma v'era cambiamento in ciò che essi non erano più membri della famiglia A ma della famiglia B. Onde veniva una *capitis deminutio,* perchè quantunque coll'andar del tempo essi avessero potuto guadagnare molto da codesto cambiamento di famiglia, tuttavia perdevano la posizione che fino allora avevano goduta nell'antica, ed ogni diritto e privilegio relativo.

L'effetto più importante della *minima capitis deminutio* (o *mutatio familiae*) era che essa non solo estingueva la *patria potestas* quando esisteva, ma scioglieva anche il vincolo di agnazione tra il *capite minutus* e quelli che prima da questo vincolo erano a lui legati (289); cessavano quindi i diritti reciproci di successione intestata al pari del diritto all'eventuale tutela; anzi la *minutio*, sia del tutore, sia del pupillo, poneva termine alla tutela stessa, sempre che fosse *tutela legitima* o agnatizia *cura furiosi.* Vi erano, oltre a questi, parechi altri effetti che, a quanto si dice, deriverebbero dalla *mutatio familiae*, ma solo quando la persona era *sui iuris* e non quando era *alieni iuris;* tuttavia sembra che alcuni di questi effetti si debbano attribuire solo indirettamente alla *capitis deminutio*. Così, per esempio, se un *paterfamilias*, dopo aver fatto testamento, si dava in arrogazione, il testamento diveniva nullo (290); ma ciò era dovuto non

---

(289) Ciò era vero rispetto ad un *paterfamilias* ed ai suoi figli *in potestate* passati assieme in una nuova famiglia per adro azione; la loro antica agnazione cessava, e la nuova, della quale il padre adottivo era l'anello di congiunzione, prendeva origine. Nel caso però di un diretto trasferimento di un *filiusfamilias* dal padre naturale al padre adottivo la regola enunciata nel testo fu modificata dalla legislazione dell'ultimo impero (Iust. *Inst.* I 11, 2).

(290) Il rigore di questo principio fu mitigato dalla giurisprudenza pretoria (Gai. II 145).

tanto alla *capitis minutio*, quanto alla regola per la quale era necessario che la capacità del testatore dovesse continuare interrotta fino alla sua morte, perchè il testamento fosse valido. Così ancora certi diritti patrimoniali come l'usufrutto, i servigi dovuti dai liberti e pochi altri rapporti si risolvevano con la *capitis minutio* (291). Più propriamente diremo che tutti i diritti patrimoniali d'alcuno si estinguevano rispetto alla sua antica *persona*, salvo a rivivere tosto, senza esclusione dei diritti contro i suoi debitori, nel nuovo *paterfamilias* per acquisto universale; due o tre rapporti giuridici, per speciali ragioni, erano reputati intrasmissibili. Deve invece ritenersi più direttamente effetto della *minutio* la regola che una società di cui il *minutus* era membro, dovesse sciogliersi per fatto di tale *deminutio*, del che Gaio porta come ragione essere la *capitis deminutio* dal *ius civile* equiparata alla morte (292). Le parti potevano accordarsi per proseguire nella società come per lo innanzi: ma allora era in realtà una nuova società, un membro della quale era *filiusfamilias* là dove prima erano tutti *patresfamilias*. Rimarchevole per logica è la dottrina che la *minutio* estingua i diritti dei creditori del *minutus* (293): infatti il loro debitore, cioè la persona con cui essi avevano contrattato era civilmente morta, e morta senza lasciare eredi, di guisa che non vi era alcuno contro cui i creditori potessero muovere un'azione del *ius civile* a fine di essere pagati. Ma ciò poteva aprire una facile via alle frodi bastando che un *paterfamilias* si desse in arrogazione, o una *materfamilias* passasse in *manum* perchè essi fossero liberati dalle molestie dei creditori. Ond'è che l'equità provvide concedendo ai creditori un'azione pretoria con la quale, fingendosi rescisso l'atto che aveva portata la *minutio*, il nuovo *paterfamilias* era costretto a stare in giudizio sotto pena di perdere tutto quanto aveva acquistato per mezzo dell'arrogazione o della *in manum conventio* (294).

---

(291) Gai. III 83.
(292) Gai. III 153.
(293) Gai. III 84; IV 38.
(294) Gai. III 84; IV 38 e 80. Questi passi non sono concordi; nei due

§ 30.

La mancipazione e il diritto di proprietà (295).

Nel diritto primitivo nessuna parola speciale designava la proprietà delle cose: questa era compresa nella *manus* del padre di famiglia. Col tempo venne in uso la parola *dominium* (296), ma è impossibile precisare l'epoca di tale innovazione. Pare, però, da quanto si conosce, che codesta

primi è detto che la azione doveva muoversi contro il *minutus* o la *minuta*; nell'ultimo si sostiene che il *paterfamilias* doveva stare in giudizio. [L'A. da una errata congettura intorno al passo di Gaio IV 80, mutilo e non esplicito in proposito, ricava la falsa opinione che il nuovo *paterfamilias* debba sostenere egli il giudizio per conto di quelli che sono in sua *potestate*. Ora, è chiaro alla prima, ciò non può essere logicamente perchè se il pretore rescinde la *capitis deminutio* e accorda un'azione utile gli è appunto per agire contro il vero debitore nonostante la arrogazione seguìta. Nè è vero testualmente perchè Gaio nei luoghi citati, ed altri autori dicono in modo assoluto che *contra eum eamve (minutum minutamve) actio utilis, rescissa capitis deminutiones,... introducta est* (Gai. IV 38). Ed anche il passo di Gaio (IV 80) che l'A. dice non concorde con gli altri due, nelle migliori ricostruzioni (Studemund) è ad essi accordato: «... *rescissa capitis deminutione* CUM IIS *(qui in potestate sunt) imperio continenti iudicio agitur* ... ». Si dovrà quindi dire che il pretore poteva accordare un'azione diretta contro il nuovo *paterfamilias* come attuale possessore di beni virtualmente obbligati ai creditori dell'arrogato, ma che preferì, come meno repugnante al rigore dello *strictum ius*, accordare una *actio utilis* contro il vero debitore, basandola su *ficticia* rescissione della *capitis minutio*].

(295) [Si vegga la bibliografia citata nel § 13].

(296) [La voce più antica per denotare la proprietà riconosciuta del diritto (il *meum esse* risale forse all'epoca nella quale lo Stato non ancora interveniva a regolare i rapporti privati, protetti per ciò soltanto dalla forza individuale) pare che fosse *mancipium*. Ciò ammettono il LATTES nei Rend. dell'Inst. Lomb. II 1, 4 e il PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 217 *a*; e ciò concorda mirabilmente con la teoria del prof. Cogliolo, esposta da me in nota al § 13, quantunque repugni con la ipotesi dell'A. il quale vuole la *mancipatio* contemporanea di Servio. — Certo è che i dubbi son grandi in proposito perchè le fonti registrano a fianco di *manceps* (propriamente « *colui che prende con mano* ») in significato di proprietario, le voci sinonime *herus* e *dominus*. — *Dominus* (e *domnus*, onde (?) la forma volgare (?) *dubenus* in Paul. Diac. h. v. p. 67 M), derivato di *domus* che ha eguale significato del greco δόμος e del sanscrito *damas*, richiama al concetto di un capo di casa, come tale proprietario; analogamente al sanscrito *dampatis* padrone

parola non si trovasse nelle Tavole e fosse quindi stata introdotta più tardi. In quei tempi, adunque, quando altri voleva affermare la sua proprietà su di una cosa, doveva limitarsi a dire: « *è mia* » ovvero « *è mia secondo il diritto dei quiriti* ». La differenza tra le due espressioni, come già fu detto nel § 10, consisteva in ciò che la prima qualificava il diritto di colui il quale possedeva *de facto* la cosa come sua ed era sufficiente per ottenergli protezione contro i ladri e contro chiunque tentasse con la forza di togliergli la cosa stessa; la seconda denotava la legalità del titolo di alcuno ed era necessaria per far sì che un tribunale riconoscesse il diritto di lui a riavere la cosa caduta in mani altrui non per furto e non per violenza. Alcuni eminenti giuristi (297) sostengono che, nel sistema delle XII Tavole, quello che poi si disse *dominium ex iure quiritium* potevasi avere soltanto su le *res mancipi* (§ 13 in fine) cioè sulla casa sul podere e sugli schiavi ed animali con i quali si lavorava la terra: in altri termini che sotto le XII Tavole non vi poteva essere una formale *vindicatio* di un diritto di proprietà sulle *res nec mancipi*. Anche teoricamente vi sarebbe a ridire contro questa teoria; ma essa è contraddetta apertamente dall'autorità di Paolo e di Ulpiano, i quali affermano che per legge dei decemviri la vindicazione di materiali da costruzione, pali di viti e cose simili (*tigna juncta*), era talvolta, ma in via di eccezione, negata (298). Tali cose

---

nella casa. Questo concetto rivela la più alta antichità; è certa in ogni modo la costante presenza della parola *dominus* nella lingua latina. Io credo che *dominium* esistesse anche in antico; soltanto denotasse il rapporto *non giuridico* del *paterfamilias* con le cose a lui soggette nell'ambito della *domus* là dove *manus* e *mancipium* significarono sempre il rapporto *giuridico* del capo di casa con le cose *acquistate* per mezzo dell'unica forma consentita dal diritto, la *mancipatio*. *Dominium* fu poi usurpata a denotare la proprietà giuridica quando la *mancipatio* non fu più la sola fonte di diritto e quando, introdottesi altre forme di acquisto, si volle da queste prescindere ponendo in rilievo soltanto il rapporto tra la persona capace di diritto (*paterfamilias* o *dominus* che dir si voglia) e le cose a lui soggette per qualunque titolo].

(297) JHERING *Geist* III § 55 n. 262 e *Zweck* I 275 in nota. — KARLOWA *Röm.* CP. p. 34 e 38. — VOIGT *XII Taf.* II 88 — Lo Jhering non ha svolta ancora la sua teoria riservandola ad un futuro volume dello *Geist*.

(298) Paul. in *Dig.* XLVI 3, 98, 8 in fine. — Ulpian. in *Dig.* XLVII 3, 2.

non v'è dubbio che fossero *res nec mancipi*, onde appare abbastanza chiaro che anche esse come le *res mancipi* potevano, fin dal tempo della pubblicazione delle XII Tavole, essere oggetto di proprietà quiritaria ed essere di regola suscettibili di rivendicazione nella sua forma comune (299).

[L'A. non chiarisce bene la questione. La legge delle XII Tavole, che va sotto il nome tradizionale di *lex de tigno iuncto,* vietava che un *tignum* congiunto ad un edificio o a una vigna altrui fosse disciolto e quindi non poteva il proprietario di esso intentare la *rei vindicatio* per tornarne in possesso ma solo un'*actio,* detta appunto dalle fonti *de tigno iuncto,* la quale tendeva al doppio del valore del *tignum.* Quegli autori pertanto che negano facoltà di rivendicare le *res nec mancipi* e si basano sulle vietate reivindicazioni del *tignum iunctum* e dei materiali altrui impiegati in costruzioni proprie non pongon mente che il divieto è eccezionale, che la restrizione è fondata sopra una legge speciale e che pertanto non risguarda le *res nec mancipi* in genere. Così Paolo in Dig. VI 1, 23, 6: *Tignum alienum aedibus iunctum nec vindicari potest propter legem XII Tabul. nec eo nomine ad exibendum agi, nisi adversus eum qui sciens alienum iunxit aedibus; sed est actio antiqua de tigno iuncto quae in duplum ex lege XII tab. descendit* ». Vedi anche Dig. X 4, 6; XLVII 3, 1; XVI 1, 7, 10 ed Iust. *Inst.* II 1, 29. — I passi citati dall'A. alludono al caso in cui si sia agito con l'*actio de tigno iuncto* durante la unione e poi, a unione disciolta, si voglia agire con la *reivindicatio.* Codesti passi hanno dato luogo ad una lunga controversia riassunta dal PAMPALONI (*La legge delle XII Tavole de tigno iuncto.* Archiv. Giur. marzo-settembre 1883, § XIII) e da lui risoluta acutamente ammettendo, come in parte ammise il Puchta, che fosse concessa la *rei vindicatio* sempre, dopo la dissoluzione della compagine in questione, fino all'epoca dei giureconsulti classici; che questi limitassero la facoltà di rivendicare il *tignum iunctum* al caso di insuccesso o di non esperimento della *actio de tigno iuncto;* a meno che non si trattasse di un *tignum furtivum.* Ciò è confortato dai Basilici LX 12, 93, 5. — Ammesso poi che le *res nec mancipi* siano le cose usualmente non rivestite di mancipazione (vedi § 13) e che la *rei vindicatio* esigesse, come dalla formula si rileva, il *titolo quiritario* dato in epoca antica soltanto dalla mancipazione, ma dopo le XII Tavole derivante dalla *in iure cessio* o dalla *usucapio,* non meno che dalle altre forme di cui l'A. parla poco oltre; ammesso ciò, dico, appare chiaro che la *rei vindicatio* potesse applicarsi anche alle *res nec mancipi* purchè acquistate, sotto l'impero della legislazione decemvirale, con uno dei suddetti modi civili].

(299) Cicerone (*Top.* IV 23) dice che mentre, per legge delle XII Tavole, le terre potevano acquistarsi con il possesso biennale, *tutte* le altre cose (*ceterae res omnes*) potevano usucapirsi in un anno. Certamente la usucapione non fu introdotta dalle Tavole le quali soltanto determinarono il tempo sino allora incerto per cui dovevasi possedere come proprietari (*usus*) a fine di conseguire il legittimo titolo di proprietà. Può però sollevarsi il dubbio se il titolo nato dalla usucapione fosse un titolo quiritario, un diritto di *do-*

Varii erano i modi con cui si poteva acquistare la proprietà di quelle due categorie di cose; ma vi era questa importante differenza che mentre per le *res nec mancipi* bastava un modo naturale di acquisto, era invece in tutti i casi necessaria una forma civile per acquistare la proprietà derivativa di una *res mancipi*. Le principali di queste forme erano: per acquisto singolare, la mancipazione, la cessione giudiziale, la usucapione e il legato; per acquisto universale, l'eredità, la *in manum conventio*, l'arrogazione e l'acquisto di un patrimonio confiscato. Tutti questi modi d'acquisto, ad eccezione della mancipazione (300), valevano anche per le *res nec mancipi*, ma la più usata per queste era la semplice tradizione. Il trasferimento fatto dal proprietario coll'intenzione di passare all'altro la proprietà della cosa, richiedeva la semplice consegna, a meno che si trattasse di una vendita, nel qual caso, perchè il venditore non aveva ancora alcuna azione per il prezzo, le XII Tavole stabilivano la proprietà rimanere al venditore, anche dopo la consegna della cosa fino a che il prezzo non gli fosse stato pagato o con garanzia assicurato (301).

---

minium ex iure Quiritium. Una *res nec mancipi*, tuttavia, posseduta per un anno ed ottenuta non furtivamente apparteneva al possessore evidentemente per diritto quirizio. Ma una volta che ciò fu ammesso, era inevitabile un ulteriore passo. Se altri può legittimamente affermare che una *res nec mancipi* è sua per diritto quirizio il giorno dopo compiuto l'anno di possesso, deve poter possedere la stessa cosa con lo stesso titolo anche prima dello spirare dell'anno quando è in grado di provare il suo diritto di proprietà indipendentemente dalla usucapione.

(300) [Vedi la contraria e più soddisfacente opinione del Cogliolo esposta in nota al § 13].

(301) Iust. *Inst.* II 1, 41. Alcuni autori credono che la disposizione delle Tavole cui allude Giustiniano (la quale, cosa abbastanza strana, non è ricordata da alcun altro scrittore latino più antico) sia stata applicata soltanto alle mancipazioni di *res mancipi*. Ma non si veggono ragioni sufficienti a spiegare tale limitata applicazione; perchè se bene i contratti non formali di vendita ancor non fossero, per diritto, ammessi a produrre obbligazioni civili, tuttavia la vendita senza mancipazione era un atto comune della vita quotidiana. [Può darsi che la regola delle XII Tavole (*venditae et traditae res non aliter emptori aquiruntur quam si is venditori pretium solverit*) fosse dai giureconsulti o dal pretore estesa — concedendo una eccezione contro la *actio empti* del compratore — al caso della vendita consensuale, ma probabilmente

Perchè si distinguessero le cose mancipabili dalle non mancipabili e perchè la mancipazione fosse forma di trasferimento di proprietà delle prime, è già stato detto (§ 13) in rapporto alle riforme di Servio Tullio (302). La mancipazione quale fu introdotta da Servio col nome di *mancipium* non era, come Gaio poi ci descrive (303), una vendita simbolica, ma una vendita reale; si pesava realmente in una bilancia, tenuta da un ufficiale, il metallo greggio che l'acquirente dava come prezzo al venditore dichiarando che con ciò la cosa in questione era divenuta sua per diritto quirizio. Tutto ciò con parole solenni e alla presenza di testimonii, i quali come rappresentanti del popolo (304) recavano all'atto la pubblica sanzione. Pare che quando si doveva pesare una grande quantità di metallo, ciò si facesse prima dell'intervento dei testimonii, e che nell'atto formale si pesasse solo una semplice libbra come simbolo dell'intera somma (305). Ciò permise contrat-

---

essa fu formulata per la mancipazione, nella quale il pagamento del prezzo era essenziale, da prima, al momento dell'atto ma poi fu sostituito con la consegna di un *nummus* a simbolo del prezzo stesso. È chiaro che questo simbolo non poteva appagare il venditore che si vedeva spogliato della proprietà della cosa e non aveva azione per ripetere il denaro relativo, per essere questo, figuratamente, stato consegnato].

(302) Bibliografia: Leist *Mancipation und Eigenthums tradition* Iena 1865. — Jhering *Geist d. R. R.*, II § 46. — Bechmann *Geschichte des Kaufs im Röm. Recht* Erlangen 1877 p. 47-229. — Voigt *XII Tafeln*, I § 22; II §§ 84-88. — [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 222 a 228 *l-q.* — Longo *La mancipatio* Firenze 1887].

(303) Gai. I 119.

(304) [Non s'intenda che i testimoni della *mancipatio* rappresentino le classi di Servio Tullio; il Longo (*op. cit.* p. 83) ad evidenza dimostra che ciò non può essere; perchè Gaio dice sempre *adhibitis non minus quam quinque testibus*, e così Ulpiano (XXVI); perchè non le centurie ma le curie prestavano testimonianza; perchè i *proletari* e i *capite censi*, che non appartengono a classe alcuna, potevano testimoniare; perchè infine un cittadino non può ragionevolmente assumere la rappresentanza di una classe. I testimoni hanno la loro ragione di essere nell'assistenza all'atto per farlo eseguire nel caso di inadempimento degli obblighi relativi; la parola *testis* infatti significa *proteggere, aiutare*. Su ciò si vegga il Longo stesso a pag. 14 e soprattutto Cogliolo *Manuale di Storia del Dir. Rom.* Firenze 1887, § 15].

(305) Tutto ciò è ampiamente spiegato al § 13 e nella n. 144 di quel paragrafo si trova la giustificazione di questa ipotesi.

tazioni di maggiore entità fino a che l'introduzione della moneta coniata per parte dei decemviri tolse la necessità del pesare. Allora il prezzo si contò prima dell'atto, e talvolta anche dopo, ma così grande era lo spirito di conservazione che, quantunque avessero perduta la loro *raison d'être*, il libripende e la bilancia rimasero indispensabili elementi della mancipazione e il compratore doveva ancora, sebbene con una sola moneta, toccare la bilancia a fine di poter pronunciare l'antica formola: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO ISQVE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA. Fatto ciò, dice Gaio, il compratore consegnava quella moneta al venditore, quasi fosse realmente il prezzo della vendita (*quasi pretii loco*). Così trasformata la mancipazione divenne allora senza dubbio una vendita simbolica, poichè il prezzo poteva essere stato pagato molto tempo prima, o poteva pagarsi molto tempo dopo. La vendita realmente facevasi, il più delle volte, quando si faceva la mancipazione, ma questa per sè stessa non era ormai che una forma di trasmissione della proprietà, e come tale continuò ad essere sino alla fine del terzo secolo dell'impero la forma speciale atta a trasferire la proprietà di una *res mancipi*, o almeno a dare al compratore un completo titolo legale (*dominium ex iure quiritium*). Ma coll'andare del tempo questa forma cadde a poco a poco in disuso, essendo inapplicabile alle terre fuori d'Italia che non godevano il privilegio conosciuto sotto il nome di *ius Italicum* (306), e molto tempo prima di Giustiniano essa scomparve affatto (307).

Gli effetti della mancipazione, qualora il prezzo fosse stato pagato o almeno fosse stata data mallevaria per esso (308), erano che la proprietà passava sull'istante al

(306) Gai. II 15. Vedi § 52.

(307) L'ultima menzione della *mancipatio*, come forma vivente ancora, è una costituzione dell'anno 355 (Cod. Theod. VIII 12, 7).

(308) Non è noto qual sorta di garanzia le Tavole richiedessero. Gellio ci dice (XVI 10, 8) che era in esse una disposizione relativa a quelli che si facevano garanti e che presero nome di *vades;* questa disposizione può riferirsi al caso nostro. Vedi VOIGT *Ueber das Vadimonium* in Abhandl. d. phil.

cessionario, e che il venditore, dal momento che aveva ricevuto il prezzo, doveva garantire il compratore dalla evizione. Se il pagamento non era avvenuto nè sicurtà alcuna era stata data, il titolo rimaneva al venditore il quale con l'azione reale poteva sempre richiamare in suo possesso la cosa anche se consegnata all'altro. Coll'introduzione della moneta coniata invece del metallo pesato, il pagamento del prezzo divenne pure condizione necessaria a che il venditore fosse responsabile verso il compratore in caso di evizione (309). Generalmente si suppone che questa obbligazione sorgesse *ipso iure* (310), cioè a dire senza che nulla le parti dicessero in proposito, come se l'accettazione della moneta, con la quale era stata toccata la bilancia, imponesse al venditore l'obbligo di mantenere il compratore nel possesso della cosa, sotto pena di dovergli pagare il doppio del prezzo, proseguibile con la cosidetta *actio auctoritatis* (311). Questa obbligazione *ipso iure* non sorgeva però quando la mancipazione era realmente o in apparenza gratuita, cioè quando si trattava di donazione o simile (312), o quando allo scopo appunto di escludere la garanzia, il compratore dichiarava che il prezzo consisteva in un solo sesterzio (313).

---

hist. Classe d. Königl. Sächs. Gesellsch. d Wissensch. VIII 299 e seg.; secondo codesto autore se i *vades* mancavano al pagamento della somma per la quale si erano costituiti mallevadori, essi potevano convenirsi con una *actio vadimonii deserti*. Vedi anche VOIGT *XII Tafeln* II 490 [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 312 e 348 *b*].

(309) Paul *Sent.* II 17, a 3.

(310) Questa opinione ha base specialmente in molti passi di Plauto raccolti dal VOIGT *XII Tafeln* II 190.

(311) Vedi un articolo di P. F. GIRARD *L'action auctoritatis* nella Nouv. Rev. Hist. (1882) VII 180. — In epoche più recenti ebbe nome di *actio pro evictione*. [In PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 271 *s*, è data una ricca bibliografia ed è svolta, con molta dottrina e con i testi opportuni, tutta la teoria relativa alla *actio auctoritatis*].

(312) Esempi in LEIST *Mancipation* p. 169.

(313 Si rileva da un *instrumentum fiduciae* scoperto in Spagna nel 1876 (Bruns p. 200) che questo uso deve essere stato generale nel primo impero; il creditore pattuisce, nella vendita per mancipazione delle terre o degli schiavi costituiti in pegno a lui, che egli non sia obbligato a dare più di un sesterzio, cioè non possa essere tenuto in garantia per essi di fronte al compratore. Codesto sesterzio (*nummus unus*) d'argento era cosa affatto diversa

Tuttavia non è probabile che un effetto così importante pel venditore sorgesse senza che egli nulla avesse detto che lo obbligasse, quando si consideri il principio generale del diritto delle obbligazioni nei primi secoli di Roma, e l'importanza che Cicerone dà alle parole dalle singole parti contraenti pronunciate perchè chiariscono la natura e i limiti degli obblighi che alcuno si assume (314). Cicerone, parlando in particolare della posizione del venditore nella mancipazione, dice (315) che egli *si obbliga* (*qui se nexu obligavit*); è chiaro quindi che egli faceva qualche cosa di più che semplicemente accettare il *raudusculum*. Altri ha osservato che quando una *res mancipi* era trasmessa con la *in iure cessio*, il trasmittente non era tenuto della evizione (316); ciò generalmente (sebbene a torto) si ascrive al fatto che nulla egli diceva per cui potesse obbligarsi. Due teorie (317) sono state a questo proposito escogitate ad ovviare tale difficoltà; secondo l'una (318), quest'obbligo, che gravava il venditore, derivava dalla di-

---

dal *raudusculum* di rame. [In questi casi di donazione e di *mancipationes nummo uno*, sorgeva bensì l'*actio auctoritatis* ma, siccome questa tendeva al doppio del prezzo pagato, in tali casi irrisorio, era inutile intentarla. Il Cogliolo (nelle note al Padelletti *Storia del D. R.* p. 273 *s*) crede che le *mancipationes nummo uno* siano posteriori a Plauto perchè questi quando vuole che i suoi personaggi facciano una vendita senza obbligo di garanzia (vedi *Persa* IV 3, 55) li fa ricorrere alla vendita consensuale e non alla mancipazione.]

(314) Cic. *de off.* III 16, 65.

(315) Cic. *pro Mur.* II 3.

(316) Voigt *XII Tafeln,* II 189 n. 2. — La ragione è che non il cedente ma il magistrato con il suo decreto (*addictio*) dava la cosa al cessionario. [Migliore spiegazione appare quella del Cogliolo: che non sorgesse obbligo di evizione dalla *in iure cessio* perchè questa non era giuridicamente una trasmissione di proprietà ma una rivendicazione di possesso da parte del proprietario della cosa; proprietario nel fatto dal momento della *cessio,* ma agli occhi della legge fin da prima].

(317) Una terza ipotesi enuncia lo Jhering *Geist* II 528 n. 716: — che l'*actio auctoritatis* fosse realmente una azione di furto, fondata sulla considerazione che il venditore truffa il prezzo della cosa evitta al compratore. Ma questa ipotesi è confutata dal fatto che il *duplum* era esigibile anche quando il venditore aveva manifestamente agito in piena buona fede.

(318) Eck *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung d. Eigenthums* Halle 1874 p. ?. — Con lui consentono il Rudorff ed il Karlowa da lui citati.

sposizione delle XII Tavole, la quale stabiliva dover valere come diritto quanto pubblicamente dichiaravasi nel corso della mancipazione (319). Se così fosse mancando tale dichiarazione l'obbligo di prestar l'evizione non nascerebbe; ora parecchi passi di scrittori non giuristi mostrano che mancipazione onerosa senza garanzia non sussiste (320). L'altra teoria vuole che l'obbligazione sorgesse *ipso iure*, non già in causa delle parole pronunciate dal compratore, o in virtù dell'accettazione della moneta o *rauduscululm* per parte del venditore, ma perchè le parole pronunciate da questo erano quasi un'eco di quelle pronunciate dal compratore. Questa è la teoria del Voigt (321) affatto nuova e alquanto speciosa. Egli la fonda su la generica osservazione che nel quarto e quinto secolo di Roma le parole solennemente pronunciate avevano assoluto valore là dove tacita espressione di volontà non poteva essere presa in considerazione; quindi è impossibile supporre che la proprietà passasse da A a B solo perchè B diceva parole che non erano contraddette da A, o che A fosse obbligato a garantire il possesso a B senza pronunciare una sillaba. Egli sostiene adunque che dopo le parole del compratore doveva aver luogo una controdichiarazione da parte del venditore: « dico che lo schiavo secondo il diritto quiritario è tuo per essere stato da te acquistato con questa bilancia e con questa moneta di rame »; e che anche egli, come il compratore, doveva richiamarsi ai testimonii. Che un appello ai testimonii venisse fatto dal venditore è vero in qualche caso; ad esempio dal testatore nel testamento per mancipazione, come dicono e Gaio ed Ulpiano (322), dopo la dichiarazione nuncupativa. Però che un « *aio tuum*

---

(319) « *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto* ». Fest. v. *nuncupata* p. 173 M.

(320) Vedi n. 310 [Veramente i passi di Plauto provano come si è detto nella n. 313 che mancipazione in genere senza obbligo di evizione non si aveva].

(321) VOIGT *XII Tafeln* I 217; II 137.

(322) Gai. II 104. — Ulp. XX 9. — È di qualche momento in appoggio alla ipotesi del Voigt, che Giustiniano (*Inst.* II 10, 1, 2) parli di un testamento *per aes et libram* come fatto *emancipatione* cioè mediante un atto del testatore che poneva il proprio patrimonio *fuori* della sua *manus*.

esse » venisse dal venditore pronunciato non è detto da alcuno scrittore antico; ma non è improbabile che così fosse, perchè, quantunque ordinariamente con la parola *aio* si volesse affermare da chi parlava un proprio diritto, tuttavia è generalmente ammesso che essa era usata anche dal convenuto nella *legis actio sacramenti in personam* (323) quando espressamente ammetteva i diritti dell'attore (324).

Il diritto del compratore a muovere un *actio auctoritatis* sorgeva solo quando la evizione risultava da un decreto emanato in regolare giudizio su istanza di un terzo che avesse impugnato il titolo di lui, e a condizione che egli avesse fatto tutto il possibile da parte sua perchè il venditore (*auctor*) venisse a difendere i proprii interessi (§ 34). La durata della *auctoritas* era limitata a due anni per le case e le terre, a un anno per l'altre cose (325), ciò perchè il possesso in tal periodo di tempo bastava a sanare qualunque difetto nel titolo del compratore; è naturale quindi che con esso terminasse anche l'obbligo di garanzia nel venditore.

Con la disposizione delle XII Tavole relativa ai *verba nuncupata* che accompagnavano la mancipazione (326), grandemente crebbe la sua importanza: perchè qualunque condizione affine all'atto principale poteva farsi estendendosi con ciò di molto l'applicabilità della *mancipatio* stessa. Tutte queste restrizioni queste condizioni questi termini, che come parte integrante della transazione *per aes et libram* partecipavano del suo carattere obbligatorio ed erano leggi fra le parti, costituivano tante *leges mancipii* (327). L'oggetto della dichiarazione orale poteva essere di varia natura: la estensione dei terreni, la loro

---

(323) Su la autorità delle sigle di Valer. Prob. IV 3 (*Collect. libror. anteiust.* II 144): Q. N. A. N. Q. N. — *quando neque ais neque negas.*

(324) [Il Longo *La mancipatio* p. 149 e seg. combatte la opinione del Voigt ma, ci sembra, inutilmente perchè conciliabile con il suo sistema e non vittoriosamente perchè la spiegazione che egli dà dei passi di Cicerone (*de orat.* I 39, 178) e di Orazio (*Epist.* II 2, 18) per quanto acuta non appaga].

(325) Cic. *pro Caec.* XIX 54; *Top.* IV 23.

(326) Vedi n. 319.

(327) Vedi § 7 n. 32 p. 19.

libertà da qualunque aggravio o il diritto a che fossero sgravati, la riserva di un usufrutto, la limitazione del loro modo d'uso, l'impegno di ridarlo al venditore al verificarsi di una data condizione: onde potevano sorgere altrettante obbligazioni create *per aes et libram* il cui inadempimento era punito con la pena del doppio (328). Ma le parole pronunciate alla presenza dei testimonii erano principio e fine agli impegni che si assumevano le parti, e qualora questi fossero stati letteralmente adempiti non poteva una parte pretendere di più quand'anche risentisse danno da ciò. Tutto che non era compreso nelle parole pronunciate non poteva aver valore di *lex mancipii*, chè non era lecito ricercare quello che le parti avevano sottinteso; contro la regola « *ciò che le parti han detto sia diritto* » non era ammessa alcuna equitativa interpretazione dal *ius civile*, se si eccettui forse il caso della *lex fiduciae* (329).

Delle dichiarazioni, restrizioni, termini, condizioni, pesi, ecc. (*dicta et promissa*), che potevano venir fatte nel seno della mancipazione (330) e che imponevano obbligazione all'una o all'altra delle parti, niuna era tanto importante, e sotto un certo punto di vista rimarchevole, quanto la così detta *lex fiduciae* o, per brevità, *fiducia* (331). Si ricorreva ad essa quando le parti volevano che la tras-

---

(328) Cic. *de off.* III 16, 65.

(329) [Su la *nuncupatio* o *lex mancipii* vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 227 *p.* — Dalla *lex mancipii* in genere deriva una *actio* che forse in origine ebbe nome di *mancipii* ma che le fonti non distinguono; solo si ha in Paul. *R. S.* I 19, un'*actio de modo agri* che deriva evidentemente dalla speciale *nuncupatio* aggiunta alla mancipazione di un fondo. Questa azione è fondata sulle XII Tavole: « *uti lingua nuncupassit* ITA IUS ESTO »; si fa valere con la *legis actio sacramentum* (Cic. *de orat.* I 38, 173; *de off.* III 16, 65). Così il Cogliolo *l. c.*].

(330) Moltissimi e svariati esempi di queste *nuncupationes* vedi in VOIGT *XII Tafeln* II 149-165. Alcune di esse, però, sono di assai dubbia autorità.

(331) Il tema della *fiducia* fu di certo discusso largamente per la *mancipatio fiduciae causa* scoperta in Spagna come si è detto nella n. 313. Vedi GIDE nella Rev. de Législation (1870) I 74 e seg. — DEGENKOLB nella Z. f. RG. (1870) IX 117 e seg.; 407 e seg. — KRÜGER *Krit. Versuche im Röm. Rechte* Berlin 1870 p. 41-58. — RUDORFF in Z. f. RG. (1873) XI 52 e seg.

missione mancipatoria, quantunque formalmente assoluta, fosse realmente soltanto provvisoria; onde il compratore era tenuto sia a riemancipare la cosa o al venditore o ad un terzo, sia a manomettere lo schiavo che egli avesse ricevuto; insomma a privarsi della cosa in qualunque altro modo fosse dalle parti indicato. Tale restrizione al diritto del compratore poteva anche, secondo alcuni giuristi, essere fatta con le forme di una ordinaria *lex mancipii* senza alcuna parola di fiducia, nel qual caso la obbligazione era *stricti iuris* e il venditore se non l'adempiva era inevitabilmente condannato a pagare la pena del doppio per violazione dei *verba nuncupata*. Ma generalmente si trovava più conveniente — quantunque la pratica non sia stata introdotta che qualche tempo dopo le XII Tavole — liberare insieme e il diritto del venditore e l'obbligazione del compratore dalla rigorosità dell'*ius strictum* subordinandoli ai principii di buona fede. E questo si faceva appunto coll'introdurre parole, implicanti fiducia, nella formula emancipatoria: HVNC EGO HOMINEM FIDEI FIDVCIAE CAVSA EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO — *io dico che questo schiavo è mio secondo il diritto quiritario, che fu al mio onore affidato per uno scopo di fiducia, e che è stato da me acquistato per un solo sesterzio* (332) *con questo rame e questa bilancia affinchè io lo rimancipi di nuovo a te.* Questa formula naturalmente variava secondo la natura della transazione (333).

Gaio (334) fa menzione della *fiducia* contratta o con un

(332) Il sesterzio fu coniato la prima volta nel 485; questa formula quindi deve essere stata alquanto diversa prima di allora, ma noi la conosciamo soltanto per la iscrizione spagnuola che è del primo impero. Non può darsi che invece di *fidei fiduciae* fosse in essa una sola parola, come *iurisiurandi?*

(333) Lo JHERING, *Geist* II 515, crede che la *fiducia* non fosse compresa nella *nuncupatio* ma fosse un atto speciale nel quale si impegnava la *fides* e che faceva sorgere perciò soltanto una *actio bonae fidei.* La più forte ragione contro l'ipotesi che essa fosse una *lex mancipii* è che poteva aggiungersi dal transferente tanto ad una *cessio in iure* quanto alla mancipazione (Gai. II 59). Ciò però conduce ad ammettere soltanto che la *fiducia* può prendere la forma di una *lex in iure cessionis* al pari che di una *lex mancipii.* Pare che in processo di tempo nella pratica si usasse far seguire la mancipazione e la sua fiduciaria clausola da un patto separato, speciale, contenente i particolari.

(334) Gai. II 60.

amico o con un creditore; con un amico per la custodia della cosa affidatagli durante l'assenza del proprietario, con un creditore affine di dargli sicurtà per un debito già contratto o da contrarsi, e nello stesso tempo limitare i suoi poteri sulla cosa ceduta in pegno. Egli dice anche, in altro punto (335), che quel *paterfamilias* il quale voleva emancipare il figlio e nello stesso tempo rimanere suo tutore per avere il diritto di succedergli alla morte di lui, ricorreva per lo più ad un patto di fiducia con il cessionario; questi si obbligava a remancipare il figlio al padre in guisa da farlo divenire l'ultimo manumissore.

Ma questo caso, che, come la *coemptio* per fiducia (336), venne imaginato dai giuristi del sesto secolo, non aveva la stessa importanza della *fiducia* contratta cogli amici e con i creditori, *fiducia* in virtù della quale il cessionario era rivestito del diritto di proprietà della cosa trasferitagli, e poteva giuridicamente usare di essa entro i limiti del convenuto, cioè non in guisa da ledere gli interessi del trasmittente. Questi poi per proteggere il suo diritto aveva una azione (*actio fiduciae*) diversa dall'*actio ex lege mancipii* per ciò che non era fondata su le norme inflessibili del diritto, ma su quanto ravvisavasi equo e ragionevole secondo le circostanze tutte del caso speciale: *uti inter bonos bene agier oportet* (337); da ciò derivava al giudice una certa larghezza di poteri. Se il *fiduciarius* deliberatamente mancava al suo dovere di rimancipare la cosa a

---

(335) Gai. I 132 e 133 (passi monchi nel mss. di Verona) posti in relazione con Gai. *Epit.* I 6, 3 e Iust. *Inst.* III 2, 8.

(336) Questa permetteva ad una donna *sui iuris* di sostituire il suo tutore legittimo con altro di sua scelta il quale doveva, secondo la volontà di lei, autorizzarla a far testamento o a liberarsi dei *sacra* addossati a lei con qualche eredità. Vedi: Cic. *pro Mur.* XII 27. — Gai. I 114 e 115.

(337) Cic. *de off.* III 15, 61; XVII 70; *Top.* XVII 66. [Una elegante controversia su la antichità dell'*actio fiduciae* è dibattuta dagli scrittori; il Padelletti ed il Bechmann la credono recente, il Voigt ed il Cogliolo la fanno risalire ad epoca anteriore alle XII Tavole. Il Cogliolo poi pensa che da prima la *fides* sola, per pio costume, garantisse gli atti e che più tardi e man mano i rapporti fiduciari di maggior importanza, come quelli fra tutore e pupillo, fra patrono e cliente, fossero protetti da azioni. Molti particolari e testi intorno alle modalità della *fiducia* e della azione relativa si veggano in Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 238 *n*, 239 *o*, e 234].

tempo debito all'altro, o dolosamente aveva resa impossibile la rimancipazione, non solo era tenuto a pagar la pena del doppio (338) ma, per aver mancato alla fede espressamente e pubblicamente data, era notato d'infâmia (339). Se poi questa impossibilità derivava da un accidente non imputabile a lui, allora poteva ottenere una sentenza in suo favore: ma tra la condanna nel doppio e la assoluzione vi potevano essere pene diverse a seconda delle circostanze.

Un altro vantaggio che derivava dalla *fiducia* era questo che il trasmittente, il quale aveva sempre il diritto fondamentale sulla cosa mancipata, poteva riacquistare il titolo legale senza alcuna rimancipazione con il semplice possesso della cosa per un anno (340). Questa forma di usucapione era detta *usureceptio* e per essa anche gli immobili si acquistavano con il semplice possesso di un anno sotto pretesto che si trattasse veramente di usucapire la *fiducia*, compresa tra le *caeterae res* delle XII Tavole (341). L'*usureceptio* annuale era valida però soltanto quando si trattava di una mancipazione fiduciaria fatta ad un amico, e probabilmente costituiva il modo ordinario di estinzione del diritto del fiduciario. Ma quando si trattava di una mancipazione fatta ad un creditore in garanzia del suo diritto, allora la *usureceptio* era valida quando procedeva da qualsiasi *causa possessionis* dopo che però il debito era stato pagato, ed anche prima, ma solo quando il possesso da parte del debitore non gli derivasse diretta-

---

(338) Paolo, *Sent.* II 12, 11, dice che sotto le XII Tav. esisteva una *actio in duplum* pel caso di deposito; ora, poichè il deposito, come contratto indipendente era ignoto anche molto tempo dopo le Tavole, le parole di Paolo forse si riferiscono alla *fiducia cum amico depositi causa*. È però probabile egualmente che la violazione del dovere incombente al depositario, quando non aveva avuto luogo mancipazione di sorta, fosse equiparata al furto e colpita con la stessa pena del doppio.

(339) Cic. *pro Caec.* III 7.

(340) Gai. II 59.

(341) « *Lex XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras res vero anno* » Gai. II 54. Per la stessa sofistica interpretazione della legge la *usucapio pro herede* si riteneva completa in un anno, benchè la parte principale del patrimonio ereditario consistesse in immobili (*res soli*).

mente dal creditore o per contratto d'affitto o per una concessione in precario; nei quali casi, secondo i principii generali del possesso, si riteneva che egli tenesse la cosa pel creditore e non per sè stesso (342).

È opinione generale, se non universale, che la mancipazione non solo non fosse propria delle *res nec mancipi*, ma ancora che non si potesse applicare ad esse; che in altri termini dalla mancipazione di esse non derivasse un trasferimento di proprietà; però niuna esplicita autorità sembra confortare tale teoria (343). Certo che ordinariamente le parti non ricorrevano ad un atto così complicato e formale se nulla vi era da guadagnare con esso: ma è credibile che potessero servirsene quando, per esempio, volevano ottenere i vantaggi derivanti da una *lex mancipii* o da un *fiducia* le quali erano connesse all'atto *per aes et libram* (344). Che se poi la tradizione effettivamente accompagna la mancipazione di una *res nec mancipi* mobile, allora è difficile concepire come l'aggiunta delle civili formalità le tolga il potere di trasmettere la proprietà della cosa consegnata.

La *in iure cessio*, la aggiudicazione, e la usucapione potevano applicarsi, è pacifico, tanto alle cose mancipabili quanto alle non mancipabili.

---

(342) Gai. II 60.

(343) Un passo dei *Fragmenti Vaticani* (§ 313) porta una costituzione di Diocleziano: *Donatio praedii.... traditione atque mancipatione perficitur; eius vero, quod nec mancipi est, traditione sola.* Ma le due ultime parole significano soltanto che la donazione di *res nec mancipi* può essere perfetta con la sola tradizione e si devono spiegare così: « *è perfetta con la tradizione sola* » cioè senza la necessità di una mancipazione. [Il prof. Cogliolo prova irrefutabilmente che la *mancipatio* doveva applicarsi alle *res mancipii* e *poteva* a piacimento delle parti servire al passaggio di proprietà delle *res nec mancipii*. Egli sostiene anche che la distinzione fra le due categorie di cose è posteriore alle XII Tavole ed opera dei giureconsulti. Vedi le stringenti argomentazioni in proposito in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 223 *m*].

(344) Di ciò non è espressa menzione nelle fonti; ma poichè soltanto le cose mobili possono essere oggetto di deposito e la maggior parte di esse sono *nec mancipi*, si può ritenere che esse fossero oggetto della « *fiducia cum amico depositi causa* » di cui parla Gaio, prima che il deposito fosse riconosciuto come contratto reale speciale produttivo di obbligazioni al depositario indipendentemente dalla mancipazione.

La *in iure cessio* (345) apparentemente d'origine posteriore alla mancipazione (346) non era che una *rei vendicatio* (o azione per far riconoscere un diritto di proprietà) arrestata al primo stadio. Le parti, cioè il cedente e il cessionario, dopo avere stabilito fra loro le condizioni del trasferimento — vendita, permuta, donazione od altro — si presentavano davanti al magistrato e il cessionario, figurando come attore, dichiarava che la cosa era sua in diritto quiritario: il magistrato allora domandava al cedente che cosa avesse da opporre in risposta, e confermando questi o tacendo, il magistrato pronunciava (347) immediatamente un decreto *(addictio)* con cui sanzionava il trasferimento che però poteva essere soggetto a condizioni o altri limiti ed anche ad una riserva fiduciaria (348). La *in iure cessio* probabilmente più che al trasferimento della proprietà serviva alla costituzione delle servitù sì reali che personali e alla cessione di alcuni diritti quali la *patria potestas* e la tutela legale di una donna, o di una eredità di già adita (349). Ciò perchè presentava questo inconveniente di richiedere l'intervento personale delle parti, quindi non poteva come la mancipazione essere compiuta da uno schiavo per conto del suo padrone: ma oltre a ciò

---

(345) Jhering *Geist* II § 46. — Voigt *XII Tafeln* II § 83 [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 229 *r*].

(346) Ma anteriore alle XII Tavole perchè in esse fu confermata. Paul. in Vat. Fragm. 50.

(347) Gai. II 22, 24. — Ulp. *Fragm.* XIX 9, 10.

(348) Gai. II 59. — Paul. in Vat. Fragm. 50 [Il Cogliolo (note al Padelletti *Storia del D. R.* p. 229 *r*) crede che non si potessero fare *pacta adiecta* con la *in iure cessio*. Ma Gaio equipara in ciò assolutamente la *mancip.* e la *in iur. ces.*: « ... *qui rem alicui* FIDUCIAE CAUSA *mancipio dederit* VEL IN IURE CESSERIT ... » e Papiniano in Dig. XXXIX 6, 42 pr.: « *Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato* DONATIONIS CAUSA CESSISSET, *usum fructum sibi recipit* ET CONVENIT, *ut* ... ». Il Voigt vede in questo passo un caso di *in iure cessio*; ciò è, a mio credere, per lo meno dubbio. Se però qui si tratta veramente di *in iure cessio*, lo si deve citare in appoggio della opinione dell'A. la quale appare più conforme ai dati testuali se anche repugna alquanto ai preconcetti logici].

(349) Nessuno di questi diritti poteva trasferirsi con la mancipazione e tanto meno, gli è chiaro, con la tradizione.

non imponeva *ipso iure* garanzia di sorta al cedente e nè il cessionario in caso di evizione aveva alcuna azione contro di lui. E la ragione sta in ciò che il diritto del cessionario sulla cosa non derivava da alcun gesto o parola del cedente, il quale assisteva passivamente all'atto, ma dal decreto stesso pronunziato dal giudice: « *Poichè tu dici che la cosa è tua e l'altro nulla dice in contrario, io la dichiaro tua* ».

L'aggiudicazione era un decreto che il giudice emanava in conseguenza di azioni divisorie, cioè ad esempio, dell'azione tendente alla divisione di una eredità tra più coeredi: a ciascun di questi veniva riconosciuto ed attribuito un diritto indipendente su una parte separata del patrimonio che egli aveva prima avuto in proprietà indivisa (350).

La usucapione (351), regolata dalle XII Tavole ma probabilmente conosciuta in modo incerto anche prima, non faceva che convertire il possesso, non interrotto per un dato tempo, in proprietà quiritaria. La norma delle XII Tavole che la riguardava era così concepita: « VSVS AVCTORITAS FVNDI BIENNIVM ESTO, CAETERARVM RERVM ANNVVS ESTO » (352). Il rapporto tra le due parole *usus* e *auctoritas* è stato oggetto della più viva discussione; ma l'opinione prevalente tra i moderni giuristi è questa che la prima sola delle due parole si riferisca proprio alla usucapione, e che la seconda esprime la garanzia del titolo che incombeva al venditore in una mancipazione; e che codesta usucapione e codesta garanzia fossero così limitate a due anni per i fondi (e interpretando estensivamente, per le case) a un anno per tutte le altre cose. La giurisprudenza posteriore richiedeva che il possesso — « *uso* » era la

(350) Ulp. *Fragm.* XIX 16. [Si ponga mente a non confondere la *adiudicatio* con la *addictio*; quella è una speciale *addictio*, propria dei giudizi divisori. Tanto vuol dire l'A.].

(351) Bibliografia: STINTZING *Das Wesen von bona fides und titulus in d. Röm. Usucapionslehre* Heidelberg 1852. — SCHIRMER *Die Grundidee d. Usucapion im Röm. Recht* Berlin 1855. — PERNICE *Labeo* II 152 e seg. — VOIGT *XII Tafeln* II § 91. — ESMEIN *Sur l'histoire de l'usucapion*, nella Nouv. Rev. Hist. (1885) IX 261 e seg. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 229 s-x].

(352) Cic. *Top.* IV 23; *pro Caec.* XIX 54. — Gai II 42; 54; 204.

parola tecnica nel diritto antico — fosse fondato su un giusto titolo e che il possessore fosse in buona fede [353]; ma nessuna di tali condizioni, è opinione generale, era imposta dal codice decemvirale. Ogni cittadino [354] occupando immobili o possedendo cose mobili come sue proprie, purchè queste fossero usucapibili [355] e non fossero state ottenute furtivamente [356] diveniva pel solo fatto del suo possesso proprietario quiritario di esse, dopo due anni o dopo un anno a seconda che si trattava dell'uno o dell'altro caso.

In origine adunque la usucapione era il cangiamento legittimo del possesso di fatto, per il tempo prescritto, di una cosa avuta comunque, purchè non furtivamente, in legittima proprietà; era il mantenimento della forza a danno del diritto. Con il tempo fu riguardata di preferenza come un rimedio al titolo, derivante da irregolarità nella trasmissione o da incapacità della parte che aveva trasferità la cosa: in grazia poi del progresso della giurisprudenza si sviluppò e si convertì nell'istituto positivo della prescrizione che ha trovato luogo in tutti i moderni codici.

Varii provvedimenti contenuti nelle XII Tavole regolavano le relazioni tra i proprietarii confinanti [357] e stabilivano pene severissime pei violatori. Per esempio se alcuno volontariamente appiccava fuoco alla casa del vicino o al suo fienile o ad altra cosa di simil genere, era con-

---

(353) Iust. *Inst.* II 6, pr. [Questa è l'opinione messa in onore dallo Stintzing nell'*op. cit.*, accettata dal Cogliolo *La Teoria dell'evoluzione nel Dir. Priv.* p. 54 e dal Woigt *XII Taf.* II 232].

(354) La usucapione era propria ai cittadini: « *ius proprium est Romanorum* » Gai. II 65. — La disposizione delle XII Tavole: « *Adversus hostem aeterna auctoritas* » (Cic. *de off.* I 12, 37) che offrì materia a infinita serie di opere, va citata in prova dello spirito della legge decemvirale su questo proposito.

(355) Tutto che apparteneva allo Stato o serviva al culto era escluso dalla usucapione, al pari delle *res mancipi* di una donna sotto tutela degli agnati o del patrono, se alienate da lei senza il loro consenso (Gai. II 47); al pari dei cinque piedi di spazio libero fra due proprietà (Cic. *de leg.* I 21, 15) e di poche altre cose.

(356) Gai. II 45.

(357) Vedi i frammenti 1-10 della settima Tavola nella ricostruzione del Bruns p. 24.

dannato ad essere sferzato e abbruciato al palo (358). Quegli che guidava per malo animo il suo bestiame a pascolare nei prati non suoi poteva essere appiccato e i beni di lui erano confiscati e dedicati a Cerere (359). Così era punito di morte chi s'impadroniva dei frutti pendenti ad un albero altrui e chi clandestinamente portava via un raccolto dal campo non suo (360). Quegli poi il quale tagliava un albero appartenente ad altri era condannato a una multa di venticinque assi (361) al pari di colui che offendeva un uomo libero e lo aggrediva in modo però da non rompergli le ossa (362).

Il proprietario di uno schiavo o di un quadrupede che altri avesse ucciso o ferito, aveva diritto di pretendere risarcimento, ma non è noto in qual forma. Il furto era considerato sotto varii aspetti. Un ladro sorpreso in flagrante di notte poteva essere ucciso sul luogo; di giorno, non era lecito ucciderlo a meno che egli opponesse resistenza a mano armata, ma dovevano i privati arrestarlo perchè non v'erano guardie di città o di polizia. Un ladro colto in flagrante (*fur manifestus*) se libero era sferzato e dato in potere a colui a cui avea involato i beni, se schiavo era battuto e poscia gettato giù dalla rupe Tarpea. Se invece non era stato colto su l'atto era condannato soltanto pagare il doppio del valore dei beni involati. Rimarchevoli erano anche i provvedimenti diretti a impedire che un terzo ricevesse e nascondesse oggetti rubati. Così gli inquilini della casa nella quale si sospettava essere nascosta la cosa rubata, dovevano farne essi stessi ricerca sotto pena di essere ritenuti rei del cosidetto *furtum prohibitum* e puniti come i veri ladri; evidentemente poi per escludere ogni sospetto di truffa, il ricercatore doveva girare tutta la casa quasi nudo con una semplice fascia intorno ai lombi e

---

(358) Gai. *lib. 4 ad XII Tab.* in Dig. XLVII 9, 9.

(359) Plin. *n. h.* XVIII 3, 12.

(360) Sen. *nat. quaest.* IV 7, 3. — Plin. *n. h.* XXVIII 2, 17. — Serv. *in Ecl.* VIII 99. — Aug. *de Civ. Dei*, VIII 19. — La pena era forse la morte sul rogo; tale almeno era la pena degli stregoni secondo la giurisprudenza classica (Paul. *Sent.* V 23, 17). — VOIGT *XII Tafeln* II 800.

(361) Plin. *n. h.* XVII 1, 7.

(362) Gai. III 223.

portando un gran piatto nelle mani. Se in questo modo veniva trovata la cosa rubata (*furtum linteo et lance conceptum*), il padrone della casa, anche se innocente e ignaro della ricettazione, era obbligato a dare al proprietario della cosa il triplo del valore di essa; a lui poi si concedeva una cosidetta *actio furti oblati* (363) contro chi a sua insaputa aveva introdotto la cosa in casa sua. Di questa *actio furti* era una varietà l'*actio de rationibus distrahendis* contro un tutore che si fosse appropriato fraudolentemente qualche cosa di spettanzà del suo pupillo; e simile era anche in origine l'*actio de tigno juncto* spettante al proprietario di materiali da costruzione contro colui che li avesse rubati o adoperati nella propria casa: per essa il proprietario dei materiali aveva diritto al doppio del loro valore ma per un interesse d'ordine pubblico più grande del suo egli perdeva la proprietà dei materiali incorporati e solo poteva rivendicarli quando la casa fosse stata abbattuta (364).

L'idea astratta di un diritto reale su una proprietà altrui, o ciò che si disse poi *ius in re aliena* non deve neppure supporsi esistesse in un periodo così primitivo del diritto. La servitù rustica di via e quella d'acqua erano tuttavia molto anticamente conosciute giacchè sono annoverate tra le *res mancipi*, e le XII Tavole hanno parecchie disposizioni che riguardano la prima. Anche l'usufrutto non era probabilmente ignoto al diritto decemvirale, ma le servitù prediali urbane portano il marchio di una origine posteriore: e ancor più tardi sorsero i diritti di enfiteusi ed i superficie. I diritti di pegno e di ipoteca erano egualmente sconosciuti, al tempo di cui ora parliamo come diritti

---

(363) Tutte queste specie di furti e *actiones furti* sono descritte da Gaio (III 183-93) ma non senza qualche confusione. Il Krüger, in un articolo della Z. d. Sav. Stifft. R. A. (1884), V 209 e seg., ha dato alcune nuove spiegazioni di esse. Vedi anche Gulli nell'Arch. Giurid. (1884), XXXIII 107 e seg.

(364 Gai. in *Dig.* LXI 1, 7, 10. — Ulp. in *Dig.* XLVII 3, 1, 1. — Il diritto recente non permette la eventuale vindicazione se non vi era stata *mala fides* nell'appropriamento e se il doppio del valore era stato realmente pagato [si vegga sopra la n. 351 e gli autori ivi citati].

giuridicamente protetti da azione (365); la sola *fiducia*, che abbiamo già descritta era legalmente riconosciuta come reale sicurtà tra privati. Più conforme al concetto moderno della ipoteca appare la garanzia *praedibus praediisque* che lo Stato esigeva in mallevaria dai suoi debitori; per esse lo Stato era garantito personalmente dai mallevadori (*praedes*) e realmente dalle terre ipotecate (*praedia subsignata*): non è ben chiaro però che cosa avvenisse in caso di mancato pagamento per parte del debitore (366).

§ 31.

Il « nexum » e il diritto delle obbligazioni.

I giuristi del tempo classico fanno nascere le obbligazioni o dai contratti o dai delitti o da altre cause di natura mista (*variae causarum figurae*); quelle che nascono dal contratto occupano nella giurisprudenza posteriore un posto di gran lunga più grande di quelle che sorgono dai delitti. Nelle XII Tavole invece i delitti hanno maggiore importanza dei contratti come quelli che danno diritto ad una multa la quale nella maggior parte dei casi comprende la rifazione e la pena. Non deve tuttavia sorprendere questa sproporzione nelle norme scritte che regolavano queste due fonti di obbligazioni. Anzitutto è a notare che

---

(365) Il diritto di ipoteca fu certamente ignoto fino presso alla fine della repubblica. Ma Festo (v. *nancitor* p. 166 M) parla di una disposizione del trattato cassiano fra Roma e gli Stati latini dell'a. 262 u. c. (« *Si quid pignoris nasciscitur, sibi habeto* ») la quale sforza a credere che i Romani conoscessero a quest'epoca almeno *de facto* il pegno su i mobili. [Il PADELLETTI *Storia del D. R.* p. 239 rifiuta valore al passo di Festo; il COGLIOLO, nella nota a codesto luogo del Padelletti, invece dice che un pegno garantito dal costume non può escludersi, ed argomenta opportunamente dall'esistenza dell'antica *legis actio per pignoris capionem* e dal pegno pubblico].

(366) La bibliografia relativa a questa materia vedi in BARON *Gesch. d. R. R.* I 169. [Su la origine dell'ipoteca vedi riassunte le ipotesi in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 240 r. — Per diverse applicazioni del cosidetto (da Cic. *pro Balb.* 20) *ius praedatorium* veggasi il testo del Padelletti *l. c.*].

il codice decemvirale aveva lo scopo di rimuovere le incertezze e lasciare il meno possibile all'arbitrio dei magistrati; ora nulla più della tassazione delle pene si prestava a' soprusi; bisognava provvedervi, e poichè le diverse offese richiedevano diverso trattamento, le norme furono moltissime. Oltre a ciò poco sviluppo avevano i rapporti dai quali sorge il contratto; l'agricoltura era la principale occupazione della maggior parte dei Romani; le arti e il commercio erano meno fiorenti che negli ultimi anni della monarchia e la moneta coniata cominciava appena allora ad essere adoperata come mezzo di circolazione. Ancora gli impegni si fondavano in gran parte sul giuramento e su la solenne promessa, le quali non erano, è vero, dalla legge riconosciute ma avevano una non meno efficace sanzione nel sentimento morale e religioso così potente allora nel popolo.

Era principio del diritto romano (e lo fu per tutto il corso della sua storia, quantunque in epoche recenti fosse assoggettato a sempre maggiori eccezioni) che il semplice accordo fra due persone non desse diritto all'una di domandare l'adempimento del convenuto anzi perchè potesse aver diritto all'intervento del tribunale civile a fine di costringere l'altra parte all'adempimento della obbligazione era necessario che questa fosse stata rivestita d'una delle forme prescritte o riconosciute dalla legge, o che fosse accompagnata da un atto che la rendesse qualche cosa di più che un semplice scambio di consensi. Secondo la giurisprudenza delle XII Tavole le formalità, richieste a che un semplice accordo tra due parti fosse considerato come contratto e quindi come obbligazione civile, consistevano talvolta in un atto formale accompagnato da solenni parole, tal'altra nella sola pronuncia di parole solenni: in ogni caso però era necessaria la presenza dei testimoni. Così la *dotis dictio* cioè la promessa che fa un padre di dare una dote alla figlia la quale va a marito: così il *vadimonium* cioè la garanzia data dall'una delle parti per l'adempimento di una obbligazione assuntasi sia per contratto, sia durante una lite, richiedevano probabilmente soltanto parole solenni pronunciate davanti a persone che ne potessero far testimonianza; invece un

patto aggiunto ad una mancipazione e la promessa di rendere il denaro ricevuto a mutuo richiedevano in appoggio l'atto formale con il rame e con la bilancia. La ragione storica dell'uso della bilancia fu già esposta (§ 13). La *libra* divenne in processo di tempo un puro elemento formale e cerimoniale, ma in origine era richiesta dalla necessità delle cose; nei tempi antichi senza di essa non era possibile nè vendita nè mutuo, perchè in ambedue i casi il rame che si dava sia come prezzo della vendita sia come imprestito doveva essere realmente pesato. Quando per l'introduzione della moneta coniata, le bilancie divennero inutili, per quello spirito di conservazione che appare così spiccato in tutto il diritto romano, non furono abbandonate ma vennero conservate come elemento formale. Se la *libra* non avesse avuto una importanza pratica in origine, certo non sarebbe mai stata usata.

Vi sono molte formalità nel diritto romano che non sembrano avere alcuno stretto rapporto con l'atto di cui fan parte, ma non ve n'è alcuna di cui non sia stata spiegata la origine storica. Esse rimasero, e talvolta per lungo tempo, dopo aver perso il loro primitivo significato sostanziale, semplicemente perchè si era avvezzi a vederle annesse a quella data transazione, non essendo possibile che solo per amore della forma si siano introdotte cerimonie che almeno al tempo della loro introduzione non avessero alcun significato sostanziale, alcuno scopo di utilità. Quando soltanto volevasi una matura riflessione nei contraenti, una piena cognizione della natura e dei termini del contratto, erano sufficienti al proposito come nel *vadimonium* e nella *dotis dictio,* pubblicità, testimonianza di persone degne di fede, e parole di rito pronunciate in presenza di testimoni.

È opinione generale che i soli contratti riconosciuti dalle XII Tavole fossero quelli annessi alla mancipazione ed alla cessione giudiziale (più propriamente, sorgenti da una *lex mancipii* o da una *lex in iure cessionis*), il *nexum* (367), il *vadimonium* e la *dotis dictio.* Altri vorrebbe

(367) La bibliografia relativa al *nexum* è copiosissima, e le opinioni sono molto discordi. Il DANZ, *Geschichte d. R. R.* III § 146, dà un elenco degli

comprendervi anche il contratto verbale per stipulazione che col tempo è divenuto la più importante ed estesa forma di contratto; ma poichè gli è impossibile vedere la minima allusione ad esso nei frammenti delle Tavole che ci rimangono, migliore opinione ritenerlo di origine posteriore (368).

Si disse in un precedente paragrafo quale fosse la misera condizione dei *nexi* (così erano chiamati i debitori vincolati dal contratto di *nexum*) durante i due primi secoli della repubblica, e quali tumulti popolari essa a più riprese suscitasse (§ 20). Per quanto però siasi scritto su questo soggetto a fine di determinare chi fossero precisamente questi *nexi* e come divenissero tali, vi è tanta diversità di opinioni che ciò solo pare pacifico tra gli scrittori: essere la origine prima di questo miserevole stato di cose (che Livio e Dionisio ci hanno a vivi colori se non forse sempre esattamente dipinto) un mutuo reale o simbolico (369) tecnicamente detto *nexum* o *nexi datio* (370). Non

---

scrittori più importanti su questo tema ed un riassunto delle principali teorie. Agli autori da lui citati che vengono fino al 1870, conviene aggiungere: VAINBERG *Le nexum... en D. R.* Paris 1874. — BRINZ *Der Begriff obligatio* nella Grünhut's Zschr. (1874) I 11 e seg. — VOIGT *XII Taf.* I §§ 63-65. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 256 c e seg.].

(368) [Vedi più oltre il § 39].

(369) Qualche scrittore avanza la ipotesi che dopo la introduzione della moneta coniata e quando tra le formalità del cerimoniale prese posto il toccare dell'*aes* la bilancia, invece della pesa reale di molte libbre di metallo, la *nexi datio*, oltre che a porre in essere un contratto di mutuo, potesse essere e fosse realmente usata a creare un vincolo per il pagamento di una certa somma. Ciò è molto probabile. La vendita nelle mancipazioni era in molti casi soltanto apparente ed il pagamento della *nexi liberatio* doveva non essere reale; argomentando per analogia, però, non v' è ragione perchè un uomo non potesse divenire *nexus*, come se avesse tolto a prestito del denaro, quando nel fatto la *causa debendi* era diversa.

(370) Alla retta intelligenza della parola *nexum* portò ostacolo la confusione prodotta da alcune definizioni proposte da scrittori vissuti negli ultimi tempi della repubblica, e conservate da Varrone, *de l. l.* VII 105, e da Festo, v. *Nexum* p. 165 M. Nel leggere codeste definizioni salta agli occhi che Mamilio (citato da Varrone) ed Elio Gallo (ricordato da Festo) non parlano di una *persona* fattasi *nexus* con l'atto *per aes et libram* (ciò perchè tale uso era stato vietato dalla legge petilia del 428 u.) ma di una *cosa* vincolata (*obligata*) in tale modo. La frase *res nexa* è comunissima nel diritto classico,

v'è dubbio che l'uso di far prestiti *per libram* non fosse di antichissima origine; anzi certamente risale a quei tempi remoti nei quali la bilancia era necessaria realmente a pesare il metallo che si usava come moneta; ed è anche probabile che per antica consuetudine fosse concesso, a chi aveva in tal modo prestato denaro alla presenza di testimonii, un mezzo energico e sommario contro colui che non restituiva il denaro ricevuto. Come Servio Tullio abbia assoggettato il mutuo alle stesse formalità richieste per la mancipazione — bilancia pubblica, *libripens* ufficiale, e cinque testi come rappresentanti del popolo — è stato altra volta mostrato (§ 14). Con la introduzione della moneta coniata l'atto fin qui *per libram* diventò *per aes et libram;* la bilancia la si toccava con un solo pezzo di rame a simbolo dell'intera somma che era già stata o doveva essere pagata, il debitore pronunciava una formola con la quale egli si imponeva l'obbligo di restituire il denaro; quindi si faceva appello ai testimonii. Sfortunatamente questa formula non è pervenuta a noi. L'Hushke (371) e il Giraud (372) sostenendo che il

ed è riferita sempre a cosa data in pegno od ipotecata ad un creditore; così in Ulp. in Dig. XLIII 4, 1, 4. — Antonino (Caracalla) in Cod. VIII 19, 2; — Alex. Sever. in Cod. VIII 27, 2. Quando una cosa era data in garanzia *per aes et libram* dicevasi *fiducia* (v. *supra* p. 151 e seg.) e ciò aveva forse presente E. Mucias Scaevola (presso Varrone l. c.) nel correggere Manilius; egli limita la parola *nexum* alla cosa che fu oggetto di un *nexus* con atto *per aes et libram* ed esclude che essa si riferisse all'ordinaria traslazione di proprietà per mancipazione; queste limitazioni ed esclusioni sono approvate da Varrone. Si può opporre che la *fiducia,* benchè senza dubbio essa mirasse soltanto alla garanzia, era nella forma sua un trasferimento di proprietà al creditore. Ma anche il denaro dato ad un mutuatario diveniva sua proprietà ed era detto *nexum aes*. La somma mutuata e la cosa data come *fiducia* seguivano pertanto la stessa sorte giuridica; l'una e l'altra diventavano proprietà di colui che la riceveva con l'obbligo di restituirla; se quella dicevasi propriamente *nexum aes* perchè non si sarebbe potuto dire l'altra, *res nexa?* L'ultimo periodo, disgraziatamente corrotto, del passo di Varrone si riferisce al caso del debitore che, nell'antico diritto, si fosse fatto *nexus* e non ha affatto od ha ben poca relazione con quello che precede. (Vedi su questo proposito le osservazioni del prof. Nettlesip nel Journal of Philology 1883, XII 59 e seg.).

(371) Huschke *Ueber das Recht des nexum* Leipzig 1846, p. 50.

(372) Giraud *Des nexi, ou de la condition des debiteurs chez les Romains* Paris 1847 p. 67.

mutuante solo parlava, così la ricostruiscono: QVOD EGO TIBI MILLE LIBRAS HOC AERE AENEAQVE LIBRA NEXAS DEDI EAS TV MIHI POST ANNVM IVRE NEXI DARE DAMNAS ESTO (373).

La frase *damnas esto*, come il resto della formola, non è sorretta da alcun testo, ma siccome era generalmente usata durante la repubblica, per imporre con atto pubblico l'obbligo di pagare una data somma (374), così codesta frase può non essere fuori di posto (375).

Quali erano gli effetti di questo atto? La risposta a tale questione è tutt'altro che facile. Il Brinz crede che il creditore avesse diritto, in virtù del *nexum*, di tenere

---

(373) Se l'imprestito doveva produrre interessi, si aggiungeva nella formula la frase *cum impendio unciario* od altra equivalente.

(374) Vedi HUSCHKE *l. c.* Egli rende *damnas esto* (p. 51): « Du sollst ein zu geben Verfluchter sein. » Furono fatti molti tentativi ed avanzate molte ipotesi per istabilire la derivazione e l'originale significato delle parole *damnum, damnare, damnas*. Vedi le più importanti opinioni su ciò in VOIGT *Bedeutungswechsel* p. 142 e seg. [*Damnum* ebbe certamente in epoca recente il senso di *ingiuria, pregiudizio;* da prima significò *spesa,* quindi *obbligo* (come nelle XII Tavole; Fest. v. *vindiciae* p. 376 e Gai. IV 37) ed in questa accezione formò i verbi *damnare* e *condemnare* da cui a ler volta derivarono *damnatio, damnatorius* e via dicendo. Questa parola è senza dubbio sorella della greca δαπάνη che conservò il primitivo significato, ma è impossibile risaliro alla madre comune. L'uso *giuridico* più antico di *damnum* lo si ha nella frase relativa ai voti fatti agli dèi, *damnatus voto* o *voti,* frase che qualifica quegli che è obbligato a soddisfare al voto perchè la sua preghiera fu esaudita; così ad esempio in Liv. XXVII 45 e in Virg. *Ecl.* v 80].

(375) Il Voigt, il quale crede che la *nexi datio* fosse a un tempo un modo di trasferire la proprietà del denaro o di altra cosa corporale dal mutuante al mutuatario e di imporre a quest'ultimo l'obbligo della restituzione, propone una formula diversa (*XII Taf.* II 483) che ha il pregio di avvicinarsi a quella della *nexi liberatio* più della formula dell'Huschke: HAEC EGO OCTINGENTA AERIS EX IVRE QUIRITIVM TVA ESSE AIO EA LEGE VTI TANTVNDEM CUM IMPENDIO VNCIARIO PROXIMIS KALENDIS MARTIIS RECTE SOLVAS LIBERASQUE AENEA LIBRA · HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM ADPENDO LEGE IVRE OBLIGATVS. Questa formula crede il Voigt che fosse ripetuta dal mutuatario, concordemente alla sua ipotesi che in ogni atto *per aes et libram* dovesse la nuncupatio essere fatta da tutte e due le parti. Egli ripudia le parole *damnas esto* perchè, secondo un'altra sua teoria, nulla di speciale aveva la obbligazione creata *nexo,* non imponeva un vincolo immediato al mutuatario in guisa che il mutuante potesse agire senza l'intervento del giudice dovendo pur sempre procedere contro il debitore nei modi ordinari con quella che il Voigt chiama *actio nuncupatae pecuniae*.

il debitore sotto la sua diretta custodia ogniqualvolta lo credesse necessario per la sicurezza del suo credito anche prima della scadenza del termine convenuto per la restituzione; e che il debitore fosse fin dal primo momento stretto da vincoli i quali potesse il creditore a suo buon grado stringere o sciogliere (376). Il Voigt invece crede che il *nexum* non desse al creditore alcun potere sul debitore, e che se quest'ultimo non pagava fosse necessaria anche in questo caso intentare l'azione regolare con l'ordinario procedimento di esecuzione quando la sentenza fosse favorevole al creditore (377). Queste due teorie rappresen-

---

(376) BRINZ *Grünhut's ZSchr.* I 52. Egli paragona la condizione del *nexus* a quella di una cosa impegnata al creditore per garanzia del debito. Questa cosa è sempre detta dai giureconsulti romani *res obligata* o *res nexa*. Come il Brinz osserva la cosa era *obbligata* fin dal principio e tale rimaneva finchè il debito non era pagato anche se il creditore stimava inutile di averla nel suo diretto possesso o di mettersi altrimenti in rapporto con essa.

(377) VOIGT *XII Tafeln* II 483. [L'A. trascura le argomentazioni del Voigt che battono in breccia la sua teoria, molto vicina a quella, antiquata, del Niebhur. Si veggano le considerazioni del romanista tedesco in *XII Tafeln* I 631 e nel luogo citato dal nostro A. e si vedrà come sia insostenibile la ipotesi di un diritto (reale?) derivante al creditore sul debitore dal *nexum*. Gli argomenti principali del Muirhead son due: che il debitore, *alienati tutti gli altri beni,* dava in pegno sè stesso e che il *nexus,* atto pubblico, non richiedeva alcun giudizio per rinforzare il diritto del creditore. Ora, a parte che dalle fonti si può arguire non essere nella formula del *nexum* alcun accenno ad un impegno *reale* della persona del debitore (a tale che l'A. è costretto a ritenere incorporato *by necessary implication* nell'atto stesso lo impegno del debitore) si verrebbe ad ammettere che il *nexum* servisse *soltanto* per vincolare la *persona* di colui che altri beni non ha, là dove secondo Mamilio e Mucio (in Varr. *de l. l.* VII 105) *nexum est* OMNE QUOD PER LIBRAM ET AES GERITVR. — Il secondo argomento ha minor valore del primo quando si osservi che tutti gli atti dell'antico diritto romano avevano gli stessi requisiti del *nexum,* pubblicità, certezza, testimonianza e via dicendo; che anzi tutti i rapporti giuridici erano realizzati, in modo formalmente identico, con l'*aes* e con la *libra,* e si rannodavano alla tipica *mancipatio.* Da questa, è cosa incontroversa, sorgevano azioni che si facevano valere con l'ordinaria procedura sino alla sentenza dalla quale acquistava il creditore diritto alla *manus iniectio;* — come è possibile ammettere, nel silenzio delle fonti e nella identità delle forme giuridiche, effetti tanto profondamente diversi? Il passo di Varrone fu malinteso dagli scrittori tutti perchè tratti fuori della diritta via dai preconcetti loro. In esso Mamilio crede che *nexum* sia qualunque atto *per aes et libram;* Muzio rettifica la opinione di Mamilio e dice che *nexum* è

tano gli estremi opposti e fra esse molte altre ve ne sono più o meno diverse. La difficoltà di potere arrivare ad una conclusione deriva in gran parte dall'ambiguità del significato delle parole *nexus* e *nexum*. *Nexum* era chiamato l'atto; il denaro dato a mutuo era *nexum aes* (donde *nexi*, cioè *aeris*, *datio*); il vincolo dicevasi *nexus* (della quarta declinazione); e il debitore vincolato denominavasi pure *nexus* (della seconda declinazione). Tutto ciò è abbastanza semplice. Ma la stessa parola *nexus* noi la troviamo usata dagli scrittori, come sinonimo di *vinctus*, a dinotare la condizione di un debitore posto in catene dal suo creditore. In tale condizione poteva essere tanto un mutuatario insolvente, quanto qualunque altro debitore riconosciuto da sentenza. Il primo era doppiamente *nexus*. legato cioè dai vincoli della obbligazione legale e dai vincoli materiali. In molti passi di Livio e degli altri scrittori, che parlano dei *nexi* è estremamente difficile. talvolta anzi impossibile, esser sicuri quale significato fra i tanti abbia la parola; non deve quindi far sorpresa tanta diversità di opinioni in proposito e nè la identificazione che bene spesso si fa dello stato legale di un debitore per effetto di un *nexum* (*nexus*) con quello di un debitore *ex iudicato* (*iudicatus*, *addictus*).

La opinione a cui l'esame dei testi mi ha fatto inclinare è che in fatto il trattamento usato dal creditore al suo *nexus* era probabilmente poco diverso da quello usato all'*addictus*, ma la loro posizione giuridica doveva essere ben distinta prima e dopo le XII Tavole (378). Il diritto di un mutuante sul debitore che non soddisfaceva

---

ogni atto *per aes et libram* purchè in esso non si abbia di mira di dare alcuna cosa con la mancipazione, cioè di trasferire la proprietà assoluta di ciò che è oggetto del contratto: « ... *quae per aes et libram fiant ut obligentur* PRAETER QVAM MANCIPIO DENTVR ». Varrone accetta questa ultima definizione e soggiunge che il nome stesso *nexum* conforta la opinione di Muzio: « *nam idem* QUOD OBLIGATUR *per libram* NEQVE SVVM FIT, *inde* NEXVM *dictum* ». È questo, dice Varrone, gli è uno dei significati della parola *nexum*, che però significa anche *liber qui suas operas in servitutem dat* ... *dum solveret*)].

(378) Dionisio VIII 83, parlando dei fatti che dettero origine alla prima secessione dei plebei e delle misure che furono proposte per togliere la contesa, accuratamente distingue i debitori tenuti personalmente dai creditori

alla obbligazione era di prenderlo senza alcun giudizio preventivo dal quale risultasse il debito, e di ritenerlo come schiavo finchè il mutuo non fosse stato pagato (379). Tale condizione si riscontra pure presso tutti i popoli antichi, gli Ebrei, i Greci, gli Scandinavi, i Germani e via dicendo (380). Del resto, questo diritto del creditore non era al tutto irragionevole. Se il debitore avesse già esaurito tutti i mezzi di ottenere denaro, venduto o impegnato tutti i suoi beni, che altro gli restava nel suo bisogno, se non che impegnare sè stesso (381)? Ciò in sostanza faceva stringendo un contratto di mutuo (382) o meglio, poichè non derivava da alcuna

---

perchè non pagarono alla scadenza il mutuo contratto ed i debitori aggiudicati dal magistrato ai loro creditori perchè non eseguirono la sentenza resa contro di essi.

(379) Ciò risulta dalla definizione di Varrone (*de l. l.* VI 105): *Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat dum solveret, nexus vocatur.* « Un uomo libero, il quale ceda i suoi servigi come schiavo in cambio del denaro che egli deve, è detto *nexus* finchè non ha pagato » [Dalle parole di Varrone si può arguire soltanto che il debitore può *volontariamente* scontare il suo debito con il proprio lavoro, non che il creditore possa *impadronirsi* del debitore ed obbligarlo a lavorare come schiavo. È evidente il preconcetto della teoria Niebhuriana che conduce il Muirhead a dare una interpretazione estensiva a codesto passo].

(380) Le fonti sono in un articolo del Bruns nella Grünhut's ZSchr. I 25. — La frase greca era ἐπὶ σώματι δανείζειν. V'è un singolare esempio in Marcolfo (*Form.* II 27) nel quale un mutuatario si obbliga a prestare i suoi servigi al suo creditore tanti giorni la settimana finchè non abbia pagato il suo debito e concede al creditore il diritto di batterlo se ritarderà la restituzione. Il KOHLER *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* Würzburg 1884 p. 7 e seg., dà una ventina di esempi — tolti dalle antiche (ed in qualche caso recenti) leggi e consuetudini di tutte le parti del mondo — dei poteri che i creditori hanno su la persona dei loro debitori, esempi che formano un importantissimo studio di diritto comparato.

(381) « *Sabino bello... se militantem, quia propter populationes agri non fructu modo caruerit sed villa incensa fuerit direpta omnia, pecora abacta, tributum iniquo suo tempore imperatum, aes alienum fecisse: id cumulatum usuris primo se agro paterno avitoque exuisse, deinde fortunis aliis: postremo, velut tabem, pervenisse ad corpus: ductum se ab creditore non in servitium sed in ergastulum et carnificinam* ». Liv. II 23.

(382) Si è spesso opposto che un cittadino romano non poteva darsi come schiavo o porsi *in causa mancipii*. Ciò è vero, ma poco importa perchè il *nexus* non era nè schiavo nè *in causa mancipii*. Il diritto del creditore importava solo la detenzione e l'uso dei servigi di lui nella casa o nel campo; forse il creditore aveva una azione reale, certamente una azione di furto

parola pronunciata, ciò era implicato nel mutuo (383). Ed egualmente si può comprendere che il creditore avesse il diritto, senza che precedesse alcun giudizio, di realizzare il suo credito. Infatti il contratto di mutuo era un atto pubblico compito alla presenza dei rappresentanti del popolo che erano testimoni al riconoscimento del debito ed al tacito impegno del debitore. La sola obbiezione di qualche valore che può essere fatta contro l'appropriarsi per parte del creditore della persona del suo debitore in via di esecuzione, è che il debito esisteva solo finchè il mutuo non era stato pagato. Ma a questo si risponde che un debito di mutuo poteva essere soddisfatto giuridicamente soltanto con la *liberatio nexi* la quale altresì richiedeva un procedimento solenne per *aes et libram* fatto alla presenza di cinque testimoni (384). Quale bisogno eravi allora, innanzi a fatti così certi, di un giudizio?

Per converso un creditore non avrebbe osato procedere con la *manus iniectio* qualora il debito fosse stato pagato perchè i testimoni alla *solutio* sarebbero intervenuti ad ottenere la liberazione del preteso debitore. Probabilmente a lo scopo di permettere che questi testimoni, nel caso, fossero ritrovati per provare il pagamento avvenuto, le XII Tavole imponevano al creditore, il quale si fosse impossessato del suo debitore in conseguenza del *nexum*, dovesse

---

contro chiunque dolosamente volesse portarglielo via. In certo modo il rapporto tra il *nexus* ed il creditore era analogo a quello tra l'*auctoratus* ed il *lanista* (Gai. III 199); anche l'*auctoratus* era un libero e la sua condizione era effetto di un contratto.

(383) Alcuni giuristi ritengono che il vincolo di un debitore il quale dà sè come *nexus*, fosse distinto dall'obbligo di pagare e potesse essere preso contemporaneamente o posteriormente. Nel primo caso essi credono che vi fosse un patto speciale o *lex nexi* aggiunta al contratto principale. Pel secondo caso citano gli storici i quali una volta o due parlano di uomini datisi come *nexi* a cagione di mutui che essi non hanno contratto. Ma in questi esempi si tratta sempre di un figlio che si obbliga per denaro preso a prestito dal defunto suo padre, cioè di un erede il quale secondo che la legge gli impone, adempie la obbligazione del suo autore.

(384) Gai. III 174. — La formula della *nexi liberatio* è importante per mostrare la relazione diretta e continua che passa tra il debitore ed il creditore: « *me a te solvo liberoque hac aere aeneaque libra* — io mi *svincolo* e mi *libero* da te... »

condurlo innanzi al giudice prima di trattenerlo in prigionia.

Le norme delle XII Tavole relativamente alla *manus iniectio* (385) si applicavano, a quanto pare, per la maggior parte soltanto ai debitori giudizialmente riconosciuti. Tuttavia alcuni sostengono recisamente che esse non si riferivano affatto ai semplici *nexi* (386), altri invece vuole che esse si applicassero assolutamente tanto ai *nexi* quanto ai *iudicati* (387). Queste disposizioni, come ci sono trascritte da Gellio, cominciavano così: « AERIS CONFESSI REBUSQUE IVRE IVDICATIS TRIGINTA DIES IVSTI SUNTO. POST DEINDE MANVS INIECTIO ESTO · IN IVS DVCITO · NI IVDICATVM FACIT... » cioè: « si concedano trenta giorni precisi di mora al soddisfacimento dei debiti di denaro riconosciuti e delle sentenze ottenute con regolare processo. Dopo questi il creditore può impadronirsi del suo debitore ma deve condurlo prima davanti al pretore. Se poi il debitore non adempisce ancora alla sentenza..... ». Che le parole « *aeris confessi..... triginta dies justi sunto* » (388) si riferiscano al debitore del *nexum* e non, come generalmente si crede, al convenuto che nello stadio iniziale di una ordinaria azione avesse formalmente confessato la sua obbligazione, sarà più convenientemente dimostrato altrove (§ 36). Il debitore aveva diritto ad un respiro di trenta giorni dopo che era scaduto il suo debito, scorsi i quali il creditore poteva prenderlo, conducendolo però prima che a casa (*domum ductio*) davanti al magistrato, senza dubbio affinchè l'uno provasse il contratto di mutuo, e l'altro avesse l'opportunità di provare, potendo, per mezzo dei testimonii della *nexi liberatio*, che il mutuo era stato estinto. Tutto ciò che Gellio dice in seguito, intorno alle disposizioni delle Tavole su la *manus iniectio* sembra ri-

---

(385) Gell. XX 1, 45.

(386) VOIGT *XII Taf.* I 629.

(387) Così l'HUSCHKE (*Nexum* p. 95), il quale crede che le Tavole disponessero dovere il *nexus* essere trattato come un *iudicatus*.

(388) Non v'è alcuna obbiezione possibile contro la frase: « *dies aeris confessi* » perchè si trova in Cic. *ad Att.* X 5 « *dies pecuniae* » ed in Colum. *de r. r.* I 7 2 « *dies pecuniarum* ».

ferirsi soltanto al caso di un debitore giudicato. Il possibile intervento di un *vindex*, la prigionia provvisoria di due mesi del debitore, il dovere essere egli condotto più volte al mercato, l'essere aggiudicato al suo creditore (*addictio*) allo spirare di sessanta giorni, la vendita di là dal Tevere e il *partis secare,* tutto ciò (§ 36) si riferisce soltanto al *iudicatus.* Nel caso del *nexum* non vi poteva essere un *vindex* o difensore del debitore, perchè non vi era alcun giudizio di cui potesse impugnare la regolarità. Nè vi poteva essere luogo ad una *addictio,* fatta dal magistrato, del debitore al suo creditore, perocchè il diritto (389) di questo era fondato su un contratto pubblicamente attestato e non aveva bisogno di alcun decreto per essere rinforzato. Egli dopo aver preso il suo debitore e dopo averlo condotto in tribunale secondo la legge, aveva il diritto di portarlo immediatamente a casa, e di prendere tutte le misure ch'egli credesse necessarie ad assicurare la custodia di lui; poteva anche impiegarlo nei servigi che a lui parevano più opportuni. Ma che codesto creditore potesse uccidere o vendere il suo debitore, come alcuni vogliono, è cosa affermata gratuitamente non avendo appoggio di nessun testo esplicito.

Così non è possibile ammettere, come altri vorrebbe, che il *nexus* divenisse schiavo o che la moglie e i figli di lui e tutto il suo avere, pur conservando egli la libertà personale, cadessero in proprietà del creditore. In quella vece par cosa certa che la condizione dei *nexi* non fosse peggiore di quella degli *addicti* — cioè di quei debitori che per sentenza di magistrato erano abbandonati al loro creditore con il quale non fossero venuti ad accordi. Quin-

---

(389) [L'A. pone come certo quello appunto che si tratta di dimostrare, che cioè dal contratto sorgesse, non l'obbligo del pagamento puro e semplice secondo la *lex nexi* o *nuncupatio* del *nexum,* ma l'impegno personale del debitore. L'unico diritto, certo pubblicamente e giuridicamente, che dal *nexum* derivi al creditore è il diritto alla restituzione del denaro mutuato con gli *impendia* nuncupati; per un più ampio diritto su la persona del debitore, a meno di speciale disposizione contrattuale, era necessario senza dubbio l'intervento del magistrato che riconoscesse la insolvenza del debitore e lo aggiudicasse al creditore, o pure anche bastava che il debitore stesso volontariamente si ponesse in condizione di *nexus*].

tiliano ci dice chiaramente che un *addictus* non diveniva schiavo e conservava la sua posizione nella tribù e nel censo (390). Anzi, bene spesso, quando le esigenze della cosa pubblica lo richiedevano, i *nexi* erano temporaneamente svincolati a lo scopo di rispondere alla chiamata sotto le armi, di adempire al dovere loro di cittadini.

Nel fatto, adunque, i debitori *ex mutuo* non subivano alcuna *capitis deminutio;* pur essendo detenuti i padri di famiglia conservavano ancora la *manus* sovra la moglie e la *potestas* sui figli e questi non partecipavano in modo alcuno alla cattività del marito o del padre (391), anzi i guadagni loro appartenevano ancora secondo la legge al *paterfamilias* il quale senza dubbio li lasciava pel loro mantenimento. Certamente questi proventi non cadevano in mano del creditore; di regola quando alcuno diventava *nexus*, non aveva più nulla di suo, ma se per caso qualche cosa gli restava o se più tardi nuovi beni acquistava per eredità o per altro titolo, ciò non può dirsi che si devolvesse *ipso iure* al creditore a meno che si trascurino le parole di Varrone: « *dum solveret nexus vocatur* ». Come avrebbe infatti potuto il *nexus* pagare il suo debito e ottenere in tal modo di essere rilasciato in libertà se tutto ciò che egli possedeva apparteneva al suo creditore? E se si vuole per un momento supporre che così fosse, quale significato ha allora la disposizione della legge petilia che poneva il *bonam copiam jurare* come

---

(390) Quint. *Declam.* 311.

(391) Se così non fosse, non sarebbe possibile che un figlio potesse poi alla morte del padre darsi come *nexus* per i debiti di lui, come abbiam detto qualche volta essere avvenuto (vedi nota 382). Un passo di Livio (II 24) sembra a prima vista contraddire in parte a quanto si è detto: « *Servilius... edixit ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quominus edendi apud consules potestas fieret, neu quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet, liberos nepotesve eius moraretur* ». Ma questo editto non ha rapporto diretto con i *nexi*, vietando in genere, per qualsiasi ragione, che altri si appropriasse i beni o detenesse i figli di un cittadino mentre questi prestava servizio sotto le insegne. Inoltre questo editto fu pubblicato circa cinquanta anni prima delle XII Tavole, prima cioè che una legge precisa intervenisse a proteggere i plebei contro la oppressione rapace dei loro concittadini patrizi.

condizione della liberazione dei *nexi* (392)? Checchè valgano queste parole delle quali il senso è controverso (393) certamente implicano facoltà nel *nexus* detenuto in casa del creditore di possedere del suo. Soltanto sul corpo del debitore il creditore aveva diritto, e bene spesso su esso sfogava la sua vendetta a titolo di pena: ma non vi era alcuna disposizione per la quale i beni del debitore dovessero servire a riparare al mancato pagamento.

Abbiamo altra volta accennato agli abusi a cui dava luogo questo sistema tanto nel caso dei debitori per *nexum* quanto nel caso dei debitori *ex iudicato*. Bene spesso il creditore non si contentava di impiegarli in utili lavori di industria, e di ricorrere alla violenza o punizione solo quando era necessaria per assicurarne la custodia o per esercitare la disciplina, ma li rinchiudeva inoltre in prigioni sotterranee, ove incatenati languivano dalla fame, li sferzava e li assoggettava ai peggiori maltrattamenti. Nell'anno 428 (394) un creditore fece un oltraggio maggiore del solito ad un giovane *nexus* che, dice Livio, si era vincolato per un mutuo contratto dal suo defunto padre; giunto a cognizione di ciò il popolo insorse con tanto impeto di sdegno che si rese necessario immediatamente un provvedimento legislativo; questo fu la famosa legge petilia (*lex poetilia papiria* (395)). A questa legge fu attribuita l'abolizione della prigione per debiti e l'introduzione dell'esecuzione reale in luogo della personale; ma in realtà la sua sfera d'azione non fu così vasta. La prigione pei debitori *ex iudicato* rimase anche sotto la legislazione di Giustiniano (396) quantunque per la

---

(392) Varr. *de l. l.* VII 105.

(393) Vedi *infra* nota 402.

(394) Secondo Livio. Dionisio la pone nel 462. [Il Lange il Mommsen ed il Voigt sono concordi nel seguire Livio VIII 28; pochi altri su l'autorità del noto e corrotto passo di Varrone (*de l. l.* VII 5, 105) la ascrivono, invece che al *consolato*, alla *dittatura* di Petelio Libone Visolo cioè all'anno 441-313. — Vedi GADDI *Cronologia delle leggi comiziali romane* p. 531].

(395) Cic. *de Rep.* II 34, 19. — Liv. VIII 28. — Dion. *Fragm.* XVI 9. (Reiske, IV 2338). — Varr. *de l. l.* VII 105.

(396) Vedi gli accenni ad essa come ad istituzione vigente in Dig. XLII 1, 34 e in Cod. VII 71, 1.

legge giulia *de bonorum cessione* si potesse dal debitore evitare con l'abbandono di tutti i suoi beni al creditore (397); inoltre soltanto nel 647 u. c. per un editto di Publio Rutilio Rufo (398) diventò regola generale la esecuzione sui beni del debitore indipendentemente dalla sua persona (399).

Per quanto si è potuto ricavare dai pochi passi che noi possediamo, la legge petilia conteneva almeno queste tre disposizioni: 1) che i ferri al collo alle braccia e ai piedi non dovessero per l'avvenire essere applicati se non alle persone imprigionate per crimini o per delitti; 2) che nessuno potesse essere quind'innanzi *nexus* per denaro preso a mutuo; 3) che tutti coloro i quali attualmente erano *nexi,* purchè *bonam copiam iurarent,* dovessero essere rilasciati.

La prima disposizione mirava a prevenire le non necessarie sevizie sui debitori *ex iudicato* dati formalmente (*addicti*) ai loro creditori. Le catene non furono contemporaneamente vietate; per contrario l'atto di fondazione di una delle colonie di Cesare, autorizzando la *manus iniectio* in seguito a sentenza, espressamente consente che il creditore ponga in carcere il suo debitore e lo aggravi di catene, perchè ciò era ammesso dal *ius civile* (400). Non è improbabile cosa che la legge avesse come disposizione politica aggiunto, relativamente all'*addictus,* dovere egli lavorare pel suo creditore fin'al completo pagamento

---

(397) Alessandro Severo in Cod. VII 71, 1.

(398) Gai. III 78; IV 35. — Questo editto formulava in realtà il diritto relativo ai fallimenti, ed accennava le norme per conservare il patrimonio di un debitore insolvente e regolare la distribuzione di esso fra i creditori. Ma non è a dubitare che già prima il pretore non esprimesse altre regole su la stessa materia con speciale applicazione ai casi volta per volta presentatisi.

(399) Quello che senza dubbio ha fatto sorgere l'opinione che la legge petilia avesse lo scopo di sostituire la esecuzione reale alla personale è la frase di Livio: « ... *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxius esset* ». Questo è un commento e nulla più; i Romani non scrivevano le loro leggi in modo così astratto e così vago. Livio, forse, vuol dire che effetto della legge fu di tenere obbligati pel pagamento dei mutui contratti i beni del debitore (compreso il prodotto del suo lavoro) e non la sua persona come tale. [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 257 *f.*].

(400) Lex coloniae Juliae Genetivae (a. 700 u. c.) cap. 61: « *Judicati iure manus iniectio esto ... secum ducito. Iure civili vinctum habeto* ».

del suo debito; almeno Quintiliano più di una volta ricorda una legge anonima ne la quale, secondo che egli dice, era ciò stabilito (401).

La seconda disposizione surriferita non abolì necessariamente il contratto di mutuo *per aes et libram*, ma soltanto vietò che il creditore potesse imprigionare il suo debitore senza la sentenza di un tribunale o l'ordine di un magistrato; il che era stato fin qui la giuridica conseguenza del *nexum*.

In avvenire l'esecuzione contro un debitore insolvente doveva farsi soltanto se giudicato e formalmente dato al creditore da un decreto del magistrato sotto le restrizioni e limitazioni imposte dalla *lex poetilia* stessa. Tuttociò portò prestissimo all'abbondono del contratto di *nexum*, il quale, spogliato degli speciali suoi vantaggi procedurali, cedette subito il luogo al più semplice contratto *per stipulationem* da cui derivava la *condictio* (§ 39). Quanto alla liberazione di quelli che allora erano in condizione di *nexi*, Cicerone, Livio e Dionisio non dicono se la legge ponesse qualche condizione al favore che loro accordava; soltanto Varrone limita la concessione di libertà a quelli *qui bonam copiam iurarunt* — a quelli cioè che volevano dichiarare con giuramento di abbandonare le cose migliori loro e che non potevano più far fronte alle pretese dei loro creditori (402). Tale limitazione può difficilmente ritenersi irragionevole anche se si ammette, come forse si deve, che la liberazione di cui si parla fu soltanto dai vincoli materiali e non da quelli della obbligazione giuridica (403).

---

(401) « *Quid enim lex dicit? addictus, donec solverit, serviat.* » *Declam.* 311. — Vedi anche *Inst. or.* VII 3, 26.

(402) Le stesse parole occorrono nella *lex iulia municipalis* lin. 113 e vi designano una classe di persone per codesto titolo rese incapaci a sostenere qualche carica nei municipi. Essi devono quindi essere stati gli insolventi. Vedi MAREZOLL *Fragm. legis Rom. in tab. Heracl. parte* Göttingen 1816 p. 142 e seg. — DIRKSEN *Ad tab. Heracl. partem alteram* Berlin 1817 pag. 105 e seg. — Cic. *ad Fam.* IX 16 ha *bonam copiam eiurare*. Paul. Diac. (p. 77 M.) dedulsce la *eiuratio*: « *id, quod desideretur, non posse praestare* ».

(403) La frase di Livio è: « *ita nexi solutio,* » ed egli altrove usa « *nexi soluti* » in opposizione a « *nexi vincti* » così distinguendo i *nexi* tenuti in catene dai *nexi* liberi. Vedi anche Liv. II 23, 8: « ... *nexi vincti solutique* ».

Era abbastanza liberare quelli che non potevano, pur volendo, adempire ai loro obblighi; ma porli a pari con quelli che per solo maltalento rifiutavano di pagare i loro debiti sarebbe stata una ingiustizia, di fronte ai creditori, tale che gli abusi i quali avevano dato occasione alla legge difficilmente avrebbero potuto scusare.

È chiaro che il contratto di *nexum* ed i rapporti contrattuali o quasi-contrattuali sorgenti dalla *lex mancipii*, come *vadimonium* o *dotis dictio*, non potevano bastare a realizzare i bisogni di una popolazione agricola quale era in Roma nel quarto secolo della sua storia.

Se alcuno comprava una pecora, un aratro, una toga, un barile di vino od un vaso d'olio aveva egli azione per ottenerne la consegna? La locazione di un cavallo, o la conduzione d'un bue non creavano obbligazioni di sorta? Erano ignoti la società, il deposito, il pegno? La garanzia non aveva altra forma del *vadimonium?* Non si può esitare nel rispondere che come atti della vita quotidiana essi tutti debbono essere stati più o meno famigliari; non ne segue, però, che fossero regolati già dal diritto e protetti dai tribunali ordinari.

Gli storici del diritto sono concordi nel ritenere che non solo i contratti reali di mutuo (*mutuum* e *commodatum*) deposito e pegno, ma anche i contratti consensuali di vendita, locazione, società e mandato ed il contratto verbale di malleveria, fossero imperfettamente riconosciuti dal diritto. La vendita era derivata dalla permuta, dallo scambio immediato di una cosa con un'altra. Con tale scambio immediato non eravi luogo al sorgere di una obbligazione per la consegna del prezzo o della cosa, anche quando l'oggetto (*merx*) dato dall'una delle parti corrispondeva al rame greggio pesato con la bilancia. La sostituzione della moneta coniata al metallo greggio può difficilmente aver prodotto un cangiamento radicale: l'uso ordinario degli antichi tempi deve essere stato di contrattare a pronti contanti, di scambiare contemporaneamente la merce con il prezzo. L'obbligazione si riconobbe soltanto quando, per qualsivoglia motivo, le parti convennero eccezionalmente di rimettere a tempo futuro, per esempio al prossimo giorno di mercato, la consegna della cosa o il pagamento del

prezzo. Tale obbligazione era proseguibile davanti ai tribunali? Alcuni giuristi credono che sì, che cioè in nessuna epoca i contratti *iuris gentium* fossero privi della protezione giudiziale, ma che per essi esistesse una procedura più semplice di quella usata per la prosecuzione delle obbligazioni del *ius civile*. Ma due disposizioni delle XII Tavole sembrano provare che così non stavano le cose. La prima è quella ricordata da Giustiniano (404): « *di un oggetto venduto e consegnato la proprietà non passa se per esso non fu pagato il prezzo o il venditore non accettò mallevadori* (*vades*) ». Lungi dall'essere un riconoscimento della natura obbligatoria dell'atto, questa disposizione è realmente una prova della impotenza della legge a garantire al venditore il pagamento del prezzo; essa consente al venditore, non protetto da alcuna azione personale in caso di mancato pagamento, di perseguitare la cosa venduta in qualunque mano essa si trovi come ancor sua.

La seconda legge si riferisce al caso di persona che avendo comperata una vittima per fare un sacrificio non l'ha pagata. Della azione reale per la rivendicazione di essa dopo che era stata consumata su l'ara non poteva, è ovvio, usare il venditore; le Tavole gli consentirono (405) a sua soddisfazione di impadronirsi con la procedura della *pignoris capio* (§ 37) di oggetti equivalenti ed appartenenti al compratore contro il quale non aveva il venditore azione personale di sorta (406).

Può sembrare però che nei primi secoli della storia del diritto le convenzioni *iuris gentium* fossero di competenza dei tribunali civili entro certi limiti angusti. Ma fu già assodato, parlando del periodo regio (§ 12), che

(404) Vedi § 30 n. 301.

(405) Gai. IV 28.

(406) Gaio *l. c.* rammenta una disposizione analoga in materia di locazione: se A dà una delle sue bestie da tiro in locazione a B a lo scopo di aver denari per fare un sacrificiò e B non paga il nolo, A può rivalersi con la *pignoris capio*. La procedura eccezionale, si dice, fu introdotta nell'interesse della religione; ma non sarebbe stata necessaria se del contratto fosse sorta una azione personale.

se la parte a favore della quale tale obbligazione era stata creata, aveva presa la precauzione di farla confortare da un solenne giuramento (*iusiurandum*) o da una invocazione alla *Fides*, l'inadempimento di essa obbligazione cadeva sotto la competenza dei ministri della religione o dei magistrati investiti del *regimen morum*. Vari atti e rapporti però si ritenevano posti sotto la speciale protezione della *Fides* senza che fosse avvenuta alcuna invocazione di essa; l'inadempimento di questa obbligazione che avesse prodotto un danno reale ad altri, autorizzava questi a procedere contro il reo. Un tutore, ad esempio, il quale usurpasse come proprii i fondi e i beni del suo pupillo, era tenuto del doppio del loro valore. Un depositario che veniva meno alla fiducia riposta in lui poteva essere proseguito con una azione tendente al doppio del valore dell'oggetto non restituito; ciò a titolo di rifacimento del danno per una metà e a titolo di pena per l'altra metà (407). Ed è possibile, benchè non rimanga memoria di ciò, che la stessa regola si applicasse al mutuatario di qualche oggetto determinato (*commodatarius*), quando per sua colpa egli non poteva più restituire ciò che gli era stato imprestato (408).

Codesti casi di inadempimento delle obbligazioni contrattuali o quasi-contrattuali, per la gravità della mancanza, erano puniti come delitti. Di offese propriamente dette — offese contro la vita, la integrità delle membra, la buona estimazione o le proprietà di alcuno, indipendentemente da la violazione di speciali doveri incombenti all'offensore — le Tavole, come abbiamo avuto occasione di notare di tanto in tanto, contenevano un lungo elenco. Ma i contratti ed i delitti non erano le sole fonti di obbligazioni nel sistema decemvirale come non erano le sole in epoca più recente. Alcune sorgevano dai fatti e dalle circostanze; fatti e circostanze che ponevano alcuno nella condizione di debitore di fronte a un'altra persona (*ex re*). A questa classe apparteneva il *depensum* (o *depensio*) di

---

(407) Paul. *Sent.* II 12, 14. — Vedi *supra*, nota 337.

(408) Che il deposito e il commodato avessero, per così dire, la stessa base appare da Gai. IV 47.

cui più che una volta fa menzione Gaio (409). Egli parla di esso a proposito di una *lex publicia* la quale autorizzava i mallevadori (*sponsores*) che avessero pagato il debito del debitore principale a procedere contro di lui con la *manus iniectio* se il *depensum* non era rimborsato entro sei mesi. Non dice però che fosse cosa nuova la obbligazione sorgente da tale pagamento e nè che l'*actio depensi* fosse per la prima volta introdotta dalla legge publicia; infatti è difficile credere che così fosse. Il *vindex* ed il *vas* delle XII Tavole, si può a buon diritto affermare, deve avere avuta una azione di rivalsa contro la parte per la quale fu costretto a pagare; e sembra fondata la opinione che questa azione fosse l'*actio depensi* fatta valere con il procedimento sommario della *manus iniectio* (410). Alla classe delle obbligazioni *ex re* possono ancora ascriversi quelle sorgenti fra coeredi dal fatto della comunione ereditaria, le quali erano realizzate con il mezzo della decemvirale *actio familiae erciscundae* (411). Vi possono essere state alcune altre obbligazioni della stessa natura; ma le fonti non ci permettono di parlare di esse con certezza.

§ 32.

Diritto successorio (412).

I patrizi romani avevano due sorta di testamento, l'uno fatto in certe epoche fisse nei comizi delle curie sotto la direzione del collegio dei pontefici, l'altro fatto dai soldati innanzi ai camerati in procinto della battaglia; questa probabilmente non fu in origine che una divisione dei beni del testatore fra i suoi eredi. Ambedue codeste forme testamentarie ancor vivevano nell'antica repubblica; ma fu-

---

(409) Gai. III 127, IV 22.

(410) Voigt *XII Taf.* II 495.

(411) Gai. *ad. ed. prov.* in Dig. X 2, 1 pr.

(412) [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 157 e seg.]

rono in processo di tempo tolte di mezzo dall'uso generale del testamento *per aes et libram*. Sembra essere opinione generale che alle due prime forme soltanto si applicassero le parole, le quali aprono la serie delle disposizioni delle XII Tavole su l'eredità: *uti legassit suae rei ita ius esto* (413). Sia che l'atto fosse fatto nei *comitia* sia che fosse fatto all'armata, la volontà del testatore era d'ora innanzi considerata la suprema; nè più i pontefici giudicavano della convenienza del testamento in vista degli interessi dei *sacra* della famiglia o dei creditori del testatore. Per tal modo i quiriti, di legislatori che sancivano una eccezione alle regole ordinarie della successione, erano divenuti semplici testimoni i quali ascoltavano la dichiarazione orale della volontà del testatore rispetto alla successione.

Gaio descrive il testamento *per aes et libram* come un atto scritto; ma egli lo ricorda in quel momento che può dirsi terzo della sua storia. L'origine probabile di esso fu già ricercata (§ 14) descrivendo i resultati delle riforme serviane sul diritto privato; esso allora non era un testamento ma soltanto un mezzo di far testamento. Un plebeo, non avendo facoltà, durante il periodo regio, di fare un testamento nei *comitia*, trasferiva il suo patrimonio ad un amico del quale credesse potersi fidare — il cessionario era detto *familiae emptor*, perchè il trasferimento facevasi con le forme della *mancipatio* in correspettivo di un prezzo nominale — con istruzioni sul modo di distribuirlo dopo la sua morte (414). Non è improbabile che a lo stesso spediente ricorresse eventualmente quel patrizio, il quale avesse trascurato di fare un testamento regolare e fosse colpito da malattia mortale prima di potere valersi delle curie. Ma questo modo di disporre dei

(413) Gai. II 224 — Just. *Inst.* II 22, pr. — Ulpiano ed altri, prima di « *suae rei* » interpolano « *super pecunia tutelave* ». Ma questa frase ha tutta l'apparenza di una glossa fatta da gli interpreti della repubblica; le Tavole a proposito della successione intestata parlano di *familia* soltanto e non di *pecunia*. — *Legare* non significa « lasciare in legato » ma equivale a *legem dicere* (vedi *supra*, § 7 n. 32 e § 11 n. 107). *Suae rei* si riferisce a quella che è detta spesso *res familiaris* o più brevemente *familia*.

(414) Gai. II 103.

beni non era un testamento e non aveva forse tale nome; perchè un testamento consisteva nella nomina di alcuno ad erede del testatore — qualche volta nella sostituzione di un individuo di scelta del testatore all'erede legittimo — qualche volta ancora nella accettazione di alcuno in qualità di erede cui il testatore possa imporre come tacite condizioni della eredità tutti i pesi che crede opportuni. Effetto di questo atto è che la persona chiamata rappresenta pienamente il testatore dopo la morte di lui come lo rappresentano gli eredi legittimi quando il *de cuius* muore intestato. La mancipazione *mortis causa*, invece, che aprì la via al testamento *per aes et libram*, non dava al *familiae emptor* tale carattere. Gaio dice che questi era nella condizione di un erede (*eredis loco*) ma che aveva tanti diritti e doveri quanti il *familiae venditor* poteva conferirgli ed imporgli; l'atto in sè era soltanto un trasferimento di patrimonio, con limitazione del diritto del cessionario.

Dal fatto che il diritto non ammetteva le mancipazioni condizionali si è voluto arguire che il trasferimento producesse una immediata e completa rinuncia del cedente. Ma ciò non doveva essere; perchè era affatto entro i limiti del possibile che alcuno nel trasferire la proprietà di qualche cosa con la mancipazione riservasse a sè un usufrutto vitalizio (415); e a quanto sembra era lecito anche ritardare la consegna in possesso (416) senza infrangere la regola che la mancipazione stessa non può essere *ex certo tempore*. Nulla impedisce al transferente (o *quasi testator*) di patteggiare che egli riterrà il possesso del patrimonio fino alla sua morte; e poichè la famiglia era un aggregato di cose (*universitas rerum* e come tale conservava la sua identità nonostante qualunque cangiamento ne'suoi componenti, il transferente deve essere stato libero di compiere, finchè viveva, tutti quegli atti che avrebbe posti in essere relativamente alla sua *familia* se questa non fosse stata trasferita ad altri con la mancipazione. Ma alla sua morte il patrimonio così mancipato

(415) Gai. II 33.
(416) Gai. II 131 a.

era esposto alle azioni dei creditori? Le alienazioni fraudolente in mancanza di un diritto proprio dei creditori erano revocate dal diritto pretorio; ma nulla ci induce a credere che ciò fosse possibile nel terzo secolo di Roma. Sembrerebbe che codesti creditori fossero alla mercè del *familiae emptor* in quanto che potevano essere tra quelli ai quali egli aveva avuto incarico di distribuire il patrimonio, ma certamente dovevano rimettersi alla onestà di lui, non avendo azione perchè egli non era l'erede del defunto e perchè con l'*emptor familiae* non avevano alcun vincolo contrattuale. Egli era fiduciario e nulla più; fu soltanto sotto l'impero che il diritto cominciò a riconoscere la fiducia *mortis causa* (417). Però in quei tempi remoti il pericolo non era così grande come sarebbe stato in epoca più recente; la *romana fides* obbligava gli uomini all'adempimento degli obblighi assunti tanto efficacemente quanto il più elaborato meccanismo giuridico.

Cicerone nota incidentalmente (418) — come invero la natura dell'atto nettamente gli suggerisce — che il testamento *per aes et libram* aveva la sua radice non nell'*uti legassit suae rei* delle XII Tavole, ma in quell'altra egualmente celebre disposizione — « *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto* » (§ 30). L'esame del valore e della estensione di queste parole condusse gli interpreti alla conclusione che esse in nessun modo impedivano la diretta istituzione di un erede per mezzo dei *verba nuncupata* aggiunti alla mancipazione. Dal momento che questa spiegazione fu adottata e messa in pratica, la *familiae mancipatio* cessò di essere un trasferimento del patrimonio del testatore al *familiae emptor;* la compera di quest'ultimo restò soltanto per amore di forma, benchè ancora fosse indispensabile, essa sola dando efficacia alla *nuncupatio* secondo la lettera della legge. Ma la *nuncupatio* — la dichiarazione orale rivolta ai testimoni — realmente conteneva le disposizioni testamentarie, cioè la instituzione di un erede con quegli altri provvedimenti che il testatore credeva oppor-

(417) Just. *Inst.* II 22, *1.*
(418) Cic. *de Orat.* I 57, 245.

tuno di aggiungere. Questo fu il secondo passo nella storia del testamento *per aes et libram;* il terzo fu fatto con la introduzione delle tavole su le quali erano scritte e fissate le disposizioni testamentarie. Queste tavole il testatore le mostrava ai testimoni chiuse e legate secondo l'uso, dichiarando che esse contenevano la espressione della sua ultima volontà. Gaio così riferisce le parole pronunciate dal *familiae emptor:* FAMILIA PECVNIAQVE TVA ENDO MANDATELAM CVSTODELAMQVE MEAM · QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM HOC AERE AENEAQVE LIBRA ESTO MIHI EMPTA (419). Non è chiaro il significato delle parole: « *endo custodelam meam* »; forse sono un avanzo di una formula più antica, certo è che esse non portavano con sè un vero diritto alla custodia come le altre parole non davano un reale diritto di proprietà al *familiae emptor;* perchè il testatore restava intieramente padrone del suo patrimonio a tale che il giorno appresso avrebbe potuto, se a lui fosse piaciuto, manciparlo di nuovo ad un altro compratore rinnovando la nuncupazione e le tavole testamentarie. La nuncupazione aveva questa formula: VTI IN IS TABVLIS CERISVE SCRIPTA SVNT ITA DO ITA TESTOR ITA LEGO, ITAQVE VOS QVIRITES TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; e, soggiunge Gaio, tutto che il testatore aveva dettagliatamente scritto nelle tavole testamentarie si intendeva avesse dichiarato e confermato con quella generale disposizione. Alla domanda del testatore i testimoni rispondevano prestando testimonianza (420) con parole che disgraziatamente non ci furono conservate; quindi il testamento era sigillato dal testatore, dall'ufficiale e dai testimoni (421). I sigilli si ponevano al di fuori su la corda con la quale le tavole erano legate.

Questo testamento con il rame e la bilancia fu giustificato da prima con la ricordata disposizione delle XII Tavole, come conseguenza delle parole nuncupate durante

---

(419) Gai. II 104.
(420) Paul. *Sent.* III 4 a, 4.
(421) BACHOFEN *Ausgewählte Lehren d. röm. Civilrechts* Bonn 1848 p. 256.
(422) Vedi *supra,* § 11 n. 107.

la mancipazione; in processo di tempo divenne subordinato a l'altra legge che si riferiva più direttamente alle disposizioni di ultima volontà: VTI LEGASSIT SVAE REI ITA IVS ESTO (422). A le parole *uti legassit* gli interpreti diedero la maggiore estensione di significato; non soltanto ritennero che per esse il testatore potesse nominare tutori alla moglie ed ai figli, affrancare schiavi e fare lasciti a legatari, ma ancora avesse facoltà di diseredare il proprio erede (*suus heres*) a vantaggio di un estraneo purchè soltanto ciò dicesse espressamente. La istituzione di uno estraneo senza far cenno del proprio erede ritenevasi caduca, almeno se quest'ultimo era un figlio, perchè senza la espressa diseredazione (*exheredatio*) il padre non poteva privare il figlio del suo diritto alla proprietà famigliare essendo una specie di suo condomino. Difficilmente si può credere che la diseredazione fosse contemplata dai compilatori delle Tavole, come quella che è inconciliabile con il concetto tradizionale della famiglia e del patrimonio famigliare; ma il riconoscimento di tale diritto non potè essere impedito quando fu sottinteso nell'*uti legassit*, benchè fosse generalmente veduto di mal occhio e per quanto era possibile ristretto con il rigore delle regole imposte per usarne. L'influenza del diritto innato del *suus heres* si manifesta anche altrove, per esempio nell'effetto che esercitano su un testamento i *sui* nati dopo che esso è stato fatto. Il testatore doveva provvedere, sia con la istituzione sia con la diseredazione, non soltanto ai *sui heredes* viventi al tempo della sua morte ma ancora a quelli che potevano nascere dopo; se egli trascurava questa precauzione la nascita di un altro figlio invalidava il testamento. Era un atto che disponeva del patrimonio famigliare; ma su questo il neonato aveva interesse come condomino, interesse che non poteva essere trascurato ma che doveva essere regolato con la sua istituzione o diseredazione.

Quando il testamento mancava o quando veniva meno per qualsiasi ragione, la successione si apriva per gli eredi *ab intestato*. Era talmente cosa notoria che i *sui heredes* erano i primi chiamati — e non solo in qualità di eredi ma come persone ammesse ora all'esercizio effettivo

di un diritto già esistente ma in certa guisa dormiente [423] — che i compilatori delle XII Tavole giudicarono superfluo di dichiarare ciò espressamente; SI INTESTATO MORITVR CVI SVVS HERES NEC ESCIT ADGNATVS PROXIMVS FAMILIAM HABETO [424], — SI ADGNATVS NEC ESCIT GENTILES FAMILIAM HABENTO [425]. Si è già posto in sodo, parlando della tutela degli agnati (§ 28), che la nozione della agnazione [426] come vincolo distinto da quello che unisce i gentili di un *clan* si deve ai decemviri [427]. Essi dovevano formulare una legge su le successioni intestate adatta egualmente ai patrizii i quali avevano *gentes* ed ai plebei che non ne avevano; porre questi ultimi nella stessa condizione dei primi era al disopra del loro potere, perchè nel fatto i plebei non avevano istituzioni gentili e queste non si possono creare. La difficoltà fu sormontata accettando il principio della agnazione sul quale era fondata la *gens* patrizia e stabilendo un cerchio agnatizio di parenti entro il sesto grado che avesse la precedenza su la *gens* come corporazione nel caso dei patrizi e che tenesse luogo di questa nel caso dei plebei. L'eguaglianza così non era perfetta ma le si andava vicino per quanto le circostanze permettevano. La differenza consisteva in ciò che quando mancavano gli agnati di un plebeo morto intestato la eredità di lui era vacante; là dove, mancando gli agnati di un patrizio, eravi la devoluzione alla *gens* come ad ente collettivo. Una interpretazione della legge, fatta forse nell'interesse delle famiglie gentili e tale che non può ritenersi fosse nel pensiero dei decemviri, fece molto più frequenti di quello che altrimenti sarebbero stati i casi di vacanze ereditarie e di devoluzioni alla *gens;* questa

---

(423) Vedi HUSCHKE *Studien* p. 241 e seg.

(424) Ulp. *Fragm.* XXVI *l.*

(425) Ulp. *lib. regul.* nella Collat. XVI 4, 2.

(426) Per il concetto dell'agnazione vedi a pag. 132 (nelle note 270 e 272 del § 28).

(427) Questa ipotesi è svolta dal DANZ *Gesch.* II 95 e dall'HÖLDER *Zur Geschichte d. Röm. Erbrechts* Erlangen 1881 p. 56 in nota. Quest'ultimo però va troppo oltre attribuendo alle XII Tavole mentre è molto più antico, il diritto dei gentili, alla successione del congentile morto intestato.

interpretazione sta nella limitazione del diritto di successione al prossimo agnato del defunto, a tale che, se a lui sopravvivono fratelli ed essi rifiutano la eredità, uno zio od altro più remoto agnato non sono autorizzati ad adirla perchè essi non sono il prossimo agnato vivente (428); la successione in tal caso passava alla *gens* se il defunto era patrizio, rimaneva vacante se egli invece era plebeo. Un'altra interpretazione, probabilmente di data più recente, diminuiva ancora il diritto degli agnati, negando ad ogni donna facoltà di succedere al parente defunto intestato quando non ne fosse sorella (429). Questa regola aveva evidentemente lo scopo di conservare il più lungamente possibile il patrimonio nella famiglia alla quale l'intestato apparteneva e prevenire che esso fosse disperso con i matrimoni. La rappresentanza non era ammessa, vale a dire i figli di un fratello, il quale fosse morto prima della divisione del patrimonio ereditario fra i fratelli e le sorelle sopravviventi dell'intestato, erano esclusi dalla successione; ciò per inevitabile conseguenza delle parole delle XII Tavole (430). La eredità si devolve agli agnati prossimi ad esclusione dei gradi più remoti e la divisione quando più eredi concorrono si fa invariabilmente *per capita* e non *per stirpes* (431).

L'ordine successorio così stabilito dalle XII Tavole e rimasto in vigore finchè il pretore non l'ebbe modificato, forse nell'ottavo secolo di Roma, dava il primo luogo ai *sui heredes* del defunto, il secondo al prossimo agnato o agnati, il terzo, se l'intestato era patrizio, alla sua *gens*. *Sui heredes* erano tutti coloro i quali si trovavano nella *potestas* del defunto al momento della morte e che per fatto di essa (od anche dopo di essa ma prima che fosse certo che era morto intestato (432)) divenivano *sui iuris*, insieme alla moglie *in manu* di lui (la quale, rispetto

(428) Gai. III 12. — Ulp. XXVI 5.
(429) Gai. III 14. — Ulp. XXVI 6.
(430) Gai. III 15.
(431) Gai. III 16. — Ulp. XXVI 4.
(432) Just. *Inst.* III 1, 7.

alla successione del marito, era considerata come sua figlia). Questa categoria non comprendeva i figli emancipati o le figlie passate *in manum* del marito. I figli emancipati non entravano nè pure nel novero degli agnati in mancanza di *sui;* perchè la emancipazione rompeva a un tempo i vincoli della agnazione e quelli della *potestas*. Per la stessa ragione nessun parente emancipato e così posto fuori della famiglia poteva pretendere di essere considerato come agnato; quelli soltanto erano agnati i quali erano stati sottoposti alla stessa *patria potestas* o avrebbero avuto un comune capo di famiglia se questi fosse stato vivo.

L'apertura della successione (tecnicamente detta *delatio hereditatis*) a favore dei *sui heredes*, sia per istituzione testamentaria sia per virtù di legge *ab intestato*, li investiva a un tempo del carattere, dei diritti e delle responsabilità proprie agli eredi. Nessuna espressa accettazione faceva d'uopo, e nè, secondo le regole del *ius civile*, era ammessa rinuncia di sorta. Erano stati in certo modo con il loro genitore per lungo tempo comproprietari del patrimonio famigliare, che alla morte di lui era divenuto, nominalmente almeno, una eredità; e poichè il defunto non aveva posto termine alla loro interessenza emancipandoli o diseredandoli, essi non erano autorizzati a disfarsi di quella proprietà (433); pertanto erano detti eredi, necessari (*heredes sui et necessarii*). Anche uno schiavo che il padrone avesse istituito nel suo testamento era un erede necessario e non poteva rifiutare la eredità, divenendo investito con il carattere di erede al momento della morte del testatore (434). Non era la stessa cosa per uno estraneo istituito, o per un agnato chiamato *ab intestato;* questi erano liberi di prendere o rifiutare la eredità come

---

(433) Gai. II 157. [La bibliografia relativa alla teoria della comproprietà famigliare vedi ricordata ampiamente in COGLIOLO *Saggi su la evol. del Dir. Priv.* Torino 1885 p. 111. Anche codesto autore combatte il concetto della domestica *hereditas;* a favore di questa in diritto romano stanno veramente molte probabilità ma pochissime prove. Vedi però FOUSTEL DE COULANGES *La cité antique* Paris 1885 p. 92 n. 1].

(434) Gai. II 153. — Ulp. XXII 24.

credevano; in conseguenza un atto di accettazione (*aditio*) era necessario da parte loro perchè assumessero qualità di eredi. Questa *aditio* era in origine una dichiarazione formale innanzi a testimoni, la quale prese il nome di *cretio;* ma in processo di tempo l'accettazione non solenne od anche il fatto di comportarsi come erede, furono riconosciuti, in alcuni casi, sufficienti [435]. Non era cosa inusitata che un testatore, istituendo alcuno erede, richiedesse da lui una formale dichiarazione di accettazione entro un dato tempo e così da parecchi sostituti [336] chiudendo la serie con un suo schiavo, il quale divenisse suo erede senza uopo di formale adizione salvando il testatore dalla disgrazia di una bancarotta *post-mortem* quando per caso la eredità si trovava passiva [437].

L'*uti legassit* delle Tavole, come si è già notato, concedeva al testatore una grande larghezza nelle disposizioni testamentarie, anche rispetto alla diseredazione dei *sui heredes.*

Può ritenersi però che a questo spediente si facesse raramente ricorso, cioè soltanto quando il figlio si era reso reo di una grande ingratitudine o quando il padre aveva ragione di credere che il suo patrimonio fosse passivo, e desiderava di proteggere il figlio dalle responsabilità della eredità. Di regola i *sui,* se ne aveva, erano istituiti dal testatore ed in tal caso il testamento aveva per iscopo di dividere il patrimonio fra di essi, o serviva a permettere che il testatore nominasse tutori, prescrivesse legati, o liberasse schiavi. — Quando non v'era testamento i *sui* succedevano *per stirpes;* ciò vuol dire che i figli di un figlio premorto o emancipato se rimasti nella *potestas* del nonno prendevano la quota che sarebbe spettata al loro padre, non però ciascuno una parte eguale a quella dei loro zii viventi [438]. Di frequente accadeva, quando la eredità toccava per intero ai figli, che questi la godessero molti anni in comune come condomini (*con-*

---

(435) Gai. II 164-173.
(436) Gai. II 174-177.
(437) Gai. I 21.
(438) Gai. III 7, 8. — Ulp. XXVI 2.

sortes); questa invero pare essere la più antica società conosciuta dal diritto, ed alcune regole della più moderna giurisprudenza su le relazioni dei consoci conservano la impronta della loro derivazione da questa antica forma (439). Ma ognuno dei coeredi poteva in qualsivoglia momento domandare la divisione; questa eseguivasi giudiziariamente con una procedura arbitrale introdotta dalle XII Tavole la quale faceva capo ad un *iudicium* (qualche volta ad un *arbitrium*) *familiae erciscundae* (440). Quando due o più estranei erano istituiti per testamento, avessero o no parti eguali, se alcuno di essi non adiva la eredità a cagione di premorienza o di rinunzia, la sua parte si accresceva *ipso iure* agli altri; ciò per la regola che divenne proverbiale fin d'antico che nessuno poteva morire in parte testato e in parte intestato (441). Lo stesso diritto di accrescimento era concesso agli agnati *ab intestato* (442) i quali, come gli eredi estranei istituiti per testamento, avevano anche per la divisione della eredità la stessa azione introdotta pei *sui heredes*.

La eredità è principalissima forma fra quelle che alcuni testi dicono acquisizioni universali, altri successioni universali; ma non è la sola perchè, tacendo anche di altre più tardi introdotte, nell'antico diritto erano cosa comune le successioni universali risultanti dalla arrogazione (§§ 9 e 27) e dalla *in manum conventio* (§ 9). Colui che arrogava acquistava in massa (*per universitatem*) tutte le proprietà ed i diritti patrimoniali (salvo poche eccezioni) del *paterfamilias* adottato ed un marito acquistava tutto quello che una donna *sui iuris* possedeva quando passava col matrimonio nella sua *manus* (443). Così un erede o un gruppo di eredi acquistavano tutte le proprietà e i diritti patrimoniali del testatore dal quale

(439) Vedi *supra* § 11 n. 106 [Il Ferrini, *Origini del contratto di Società in Roma*. Archiv. Giur. 1887 XXXVIII 3 e seg., illustra con molta erudizione questo punto].

(440) Gai. II 219 e *ad edict. prov.* in Dig. X 2, *1* pr.

(441) *Dig.* L 17, 7.

(442) Ulp. XXVI 5.

(443) Gai. III 82, 83.

erano stati istituiti o della persona alla eredità della quale erano stati chiamati per legge. Ma mentre un erede era tenuto al pagamento dei debiti del suo autore, l'arrogatore od il marito non erano responsabili dei debiti dell'arrogato e della moglie (444). È chiaro quindi che la responsabilità per debiti non era correlativa alla idea di successione universale. Come si spiega la responsabilità di un erede? La massima *heres eadem persona cum defuncto* mira piuttosto a formulare una regola che a dare una ragione di ciò. Per quanto risguarda un *suus heres* non è difficile trovare la risposta alla domanda fatta; egli era stato, vivente il padre, un membro della famiglia e in certo modo un comproprietario del patrimonio famigliare, quindi si può argomentare che egli fosse anche un condebitore nelle obbligazioni assunte dal padre. Ma un estraneo istituito per testamento e l'agnato che adisce *ab intestato* non erano affatto nella stessa condizione. Non v'è mezzo di sostenere che essi fossero in alcun modo condebitori del testatore o dell'intestato; e se, come Gaio dice, la *capitis deminutio* (che era morte civile (445)) del debitore estingueva i suoi debiti, è alquanto difficile comprendere perchè la morte reale non dovesse produrre gli stessi resultati mancando i *sui heredes*. Sembra invece che la responsabilità degli eredi non *sui* sorgesse da una speciale disposizione di legge. Diocleziano in una delle sue costituzioni la attribuisce alle XII Tavole (446); altri passi nelle fonti stabiliscono che le Tavole contenevano una legge per la quale ciascuno degli eredi, quando ve ne era più di uno, era responsabile della parte dei debiti ereditari che corrispondeva alla parte della eredità nella quale fu istituito o che gli toccò *ab intestato* (447). Le domande contro i debitori del testatore o dell'intestato erano divise per lo stesso principio, in

---

(444) Gai. III 83, IV 38.
(445) Gai. III 153.
(446) Cod. IV 16, 7.
(447) Paul. *ad ed.* in Dig. X 2, 25, 13. — Diocl. in Cod. II 3, 3, 26. — Sever. e Car. in Cod. IV 2, 1.

virtù del quale non era necessario di muovere a tale scopo l'*actio familiae erciscundae* (448).

Oltre ad essere gravato del pagamento dei debiti del defunto ogni erede era tenuto anche a compiere i *sacra* della famiglia di lui, — a fare cioè quei sacrificii e quegli altri servizii religiosi che erano periodicamente richiesti per il riposo dell'anima del defunto e dei suoi antenati. Se le XII Tavole contenessero qualche disposizione in proposito è incerto; può darsi che fosse questo obbligo principalmente basato su la consuetudine e su le norme pontificali. La regola del *ius civile* relativa a ciò era semplicissima: l'erede essere responsabile del loro mantenimento. Ma in progresso di tempo occorsero varie difficoltà, specialmente quando non eravi alcun erede o quando, benchè erede vi fosse, il profitto sostanziale della eredità andava a terzi. Cicerone 449) commenta due celebri editti pontificali che emendavano il diritto vigente in materia; l'uno promulgato da Tiberio Coruncanio, il primo pontefice massimo plebeo, che tenne tale ufficio l'anno 502 di Roma, e l'altro da P. Mucio Scevola, pontefice massimo nell'anno 631. Senza entrare ne' particolari di quegli editti basti osservare come l'idea principale d'ambedue fosse che il peso dei *sacra* deve accompagnare la *pecunia,* cioè deve gravare quello o quegli che hanno avuto la maggior parte del patrimonio del defunto, ma senza recedere dall'antico principio che di regola all'erede propriamente spetta tale carico, *heredum causa iustissima est.* Con il tempo, scadendo il sentimento religioso, l'obbligo fu realmente risguardato come un peso ed una eredità non colpita da esso (*hereditas sine sacris*) fu salutata con gioia; anzi Cicerone dice che i giuristi usarono della coemzione fiduciaria come spediente per permettere alle donne di liberarsi da una

---

(448) Gordian. in Cod. III 36, 6.

(449) Cic. *De leg.* II 19, 45 e 20, 53. — Su questa materia in genere, si veggano: SAVIGNY *Verm. Schrift.* I 153 e seg. — HEIMBACH *De sacror. privat. mortui continuandor. apud Romanos necessitate* Jena 1827. — LEIST *Bonor. Possessio* I 10 e seg., 41 e seg. — LEIST-GLÜCK *Pandekt* I 164 e seg. — HÖLDER *Erbrecht* p. 137 e seg.

eredità che fosse loro toccata con tale cura spesso pecuniariamente gravosa per esse (450).

Secondo Gaio, il diritto riconobbe lo strano istituto della usucapione o prescrizione acquisitiva della eredità con il carattere di erede (*usucapio pro herede*) perchè servisse all'erede di stimolo ad entrare il più presto possibile in possesso di una eredità toccatagli e così soddisfare subito i reclami dei creditori del defunto e compiere i *sacra* della famiglia del morto (451). Tale usucapione era impossibile, non essendovi luogo ad essa, quando il defunto aveva lasciato *sui heredes,* perchè la eredità passava senz'altro in questi al momento della morte (452). Ma se non vi erano *sui heredes,* chiunque prendendo possesso degli oggetti che avevano appartenuto al defunto e tenendoli dodici mesi senza interruzione, li acquistava come se egli fosse l'erede; anzi secondo le idee di allora, acquistava la eredità stessa. Gaio qualifica di disonesto tale acquisto, in quanto che l'usucapiente aveva preso possesso di cose non sue. Ma, come già si è spiegato, la usucapione delle XII Tavole non richiedeva la *bona fides* da parte dell'usucapiente; questi poteva acquistare la proprietà con il prolungato possesso di quelle cose le quali egli sapeva non essere sue, purchè non se ne fosse impossessato furtivamente, cioè sapendo che appartenevano ad un altro. Ma una eredità non adita da un erede, il quale solo ha diritto a reclamarla, non appartiene rigorosamente parlando ad alcuno; e non eravi furto, quindi, quando altri prendeva possesso di essa con il proposito di usucapirla in qualità di erede. Può dubitarsi a mala pena che al termine del suo possesso egli non fosse risguardato come vero erede nè più nè meno se avesse preso la eredità per testamento o come successore legittimo *ab intestato,* cioè a dire che non fosse obbligato

---

(450) Cic. *pro Mur.* XII 27. — Vedi *supra,* § 30 n. 335.

(451) Gai. II 52-55. — La probabile origine della *usucapio pro herede* fu già accennata *supra,* § 11 in fine. Su questo punto si veggano Huschke nella Z. f. Gesch. RW. XIV 145 e seg. — Leist-Glück *Pandekt.* I 208 e seg. — Holder *Erbrecht* p. 129 e seg. — Jhering *Scherz u. Ernst.* p. 137-171.

(452) Gai. II 58; III 201.

verso i creditori del morto e non avesse il carico egli stesso di compiere i *sacra* famigliari. Gaio nulla dice in proposito, ma gli editti Coruncaniano e Muciano imponevano quest'ultimo obbligo a colui il quale avesse usucapito la maggior parte del patrimonio del defunto e non è ragionevole supporre che all'usucapiente od agli usucapienti non spettasse il carico dei debiti in proporzione delle parti che loro erano toccate delle proprietà del morto (453).

---

(453) Vedi LEIST-GLÜCK *Pandekt.* I 173. — Alla usucapione di cose ereditarie si riferisce Paul. in Dig. XLVII 19, 6: *Rei hereditariae furtum non fit.*

CAPITOLO QUARTO.

Procedura giudiziale nel sistema decemvirale.

§ 33.

Le legis actiones in genere (454).

In Gaio è la sola notizia un po' estesa (benchè relativamente breve, ed incompleta per la condizione del manoscritto di Verona) giunta a noi delle *legis actiones,* cioè del sistema di procedimento giudiziario seguìto in Roma fino a che non fu sostituito per effetto delle leggi ebuzia e giulie da quello *per formulas* (§ 71). Però non si può dare troppa fede al racconto di Gaio; egli aveva una materia storica fra mano, le sue informazioni erano probabilmente imperfette e le sue idee certamente in qualche punto confuse. — Secondo Gaio (455) le *legis actiones* erano così dette « perchè furono introdotte dalla legge o perchè molte parole delle leggi su le quali fondavansi erano incorporate in esse così che la formula loro divenne immutabile come le leggi stesse ». Egli continua ad av-

---

(454) La letteratura in tal materia è assai copiosa, e la maggior parte di essa si trova nei periodici. Fra i lavori più importanti sono: — Keller *Der röm. Civilprocess u. die Actionen* (1.ª ediz. 1852) 6.ª ediz. Leipzig (edit. Wach) 1883, §§ 12-21. — Bethmann-Hollweg *Der röm. Civilprocess in seiner geschichtl. Entwickelung* Bonn 1864-66 (tre vol.); il primo volume di quest'opera è dedicato alle *legis actiones.* — Buonamici *Delle legis actiones nell'antico dir. rom.* Pisa 1868. — Bekker *Die Aktionen d. röm Privatrechts* Berlin 1871-1872 (2 vol.); specialmente il vol. I p. 18-74. — Karlowa *Der Röm. Civilprozess zur Zeit d. Legisactionen* Berlin 1872. — Padelletti *Le legis actiones* Archiv. Giur. 1875, XVII 321 e seg. — Buonamici *Storia della Procedura Romana* Pisa 1886, I 15-86. — Schultze *Privatrecht u. Process in ihrer Wechselbezieh ung* Freiburg 1883, I 439-532. Questa ultima opera ha qualche nuova ed importante ipotesi [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 297 e seg.].

(455) Gai. IV 11.

valorare questa ultima ipotesi con il racconto di un tale che proseguiva in giudizio chi gli aveva, per malo animo, tagliate le viti e che fu respinto dal tribunale perchè egli si lagnava del danno fatto alle sue *viti* invece che ai suoi *alberi;* questa (*arbores*) e non quella parola essendo usata dalla legge delle XII Tavole su la quale egli si basava. Qui evidentemente v'è confusione delle *legis actiones* come modo di procedimento in genere con le *legis actiones* come azione speciale da farsi valere in questo o in quel modo. Anche rispetto a queste azioni speciali è chiaro che molte di esse non dovevano essere fondate in legge alcuna (così quella che altri muove per reclamare una cosa in sua proprietà); ed è difficile credere che quelle anche, le quali avevano la loro base nella legge stereotipassero questa come Gaio afferma, o supporre che le azioni man mano introdotte e le collezioni di esse sempre letteralmente riproducessero le formule usate in precedenza (456). — Come modo generale di procedere (*genera agendi*) non è dubbio che subissero con il tempo qualche modificazione: il Rudorff ed il Bekker hanno richiamata l'attenzione degli storici su alcune varietà di casi dai quali si rileva con certezza che nuovi particolari furono aggiunti, o altri antichi furono abbandonati o corretti (457). Costituiscono anzi una vera difficoltà, in soggetta materia come in altre parti del diritto romano, i cangiamenti che necessariamente benchè qualche volta impercettibilmente devono avere influito su di ogni istituto giuridico nel corso dei secoli.

Come *genera agendi* (458) Gaio ci insegna che le *legis actiones* erano cinque di numero, ciascuna togliendo nome da un suo speciale carattere, e cioè: 1) la *legis actio per sacramentum,* 2) quella *per iudicis postulationem,* 3) quella *per condictionem,* 4) quella *per manus iniectionem,* e 5) quella *per pignoris capionem.* La terza era ignota al periodo decemvirale, e ne sarà fatta parola in riferimento

(456) Bekker *Aktionen* I 95.
(457) Rudorff *Röm. RG.* I 105. — Bekker *l. c.*
(458) Così le chiama Pomponio in Dig. I 2, 2, 7.

all'epoca susseguente (§ 41). Le altre quattro erano più o meno minutamente regolate dalle XII Tavole, ma forse sotto altra forma devono essere a queste anteriori. È affatto impossibile quindi stabilire l'epoca nella quale ciascuna fu introdotta o conoscere la *lex* che le creò, anzi si può asserire che esse non furono introdotte da legge alcuna ma che furono dette *legis actiones* soltanto perchè riconosciute e confermate indirettamente dalle Tavole (459). Nel carattere e negli scopi erano fra loro molto diverse. Le prime due erano direttamente usate a determinare una questione di diritto o di dovere che, se proseguita, metteva capo inevitabilmente ad una istruzione giudiziale; la quarta e la quinta potevano dar luogo all'intervento giudiziale ma erano anzitutto procedimenti esecutivi mediante i quali le parti realizzavano da sè il loro diritto.

Naturalmente è oggetto di controversia quale di queste *legis actiones* fosse più antica. Vi è molto a ridire su la ipotesi dello Ihering e del Bekker che la *manus iniectio,* come quella che regolava soltanto la giustizia privata, sia anteriore alle altre, e che la *legis actio sacramento* e la *iudicis postulatio* siano state introdotte allo scopo di prevenire un troppo affrettato ricorso ad essa quando eravi luogo a dubbi su la quistione di fatto o di diritto.

Prima di tutto in ciascuna *legis actio* occorreva una procedura preliminare per condurre il convenuto din-

---

(459) Il BEKKER (*Aktionen* I 88, in nota) dice che *lege agere* significa procedere secondo la legge (*nach dem Gesetz verfahren*) — che è l'opinione generalmente adottata.

« Procedere come prescrive la legge » pare essere la sua idea; ma sembra più accurato dire « procedere nel modo stabilito dalla legge » cioè dalle XII Tavole. La *in iure cessio* era una *legis actio* (Gai. II 24), usata per una adozione, per una emancipazione, per una manomissione ovvero per un trasferimento di proprietà; ma non v'è ragione per credere che essa fosse creata con legge. Della sua storia noi sappiamo di certo questo solo che essa fu confermata dalle XII Tavole (Paul. *lib. I manual.* in Vat. Fragm. § 50) e che in alcuni casi (Gaio lo dice espressamente come lo dice della *leg. act. per pignoris capionem*) l'uso di essa era sanzionato dalla consuetudine e non dalla legge.

nanzi al tribunale. Tale ufficio non era commesso ad alcun pubblico officiale, nè eravi *citazione* di sorta; la parte che intendeva muovere la lite doveva fare essa stessa tutto che era necessario a tale scopo. Come dovesse comportarsi insegnavano le XII Tavole nel loro principio: SI IN IVS VOCAT ITO · NI IT ANTESTAMINO · IGITVR EM CAPITO · SI CALVITVR PEDEMVE STRVIT MANVM ENDO IACITO (460) e così via dicendo (461). Giunti innanzi al magistrato (re console o pretore) l'attore esponeva la contesa in poche parole formali. Se il convenuto ammetteva i fatti il magistrato pronunciava senz'altro il suo decreto lasciando all'attore facoltà di ottenerne la esecuzione nei modi di legge. Ma se nel caso presentato occorreva un diniego del convenuto od una difesa che meritasse un serio esame, ovvero pareva al magistrato necessaria qualche prova, la causa era rinviata al tribunale collegiale od a uno o più privati cittadini in qualità di giudici o d'arbitri. L'atto di rinvio dicevasi tecnicamente *litis contestatio, ordinatio iudicii;* il primo nome derivava da ciò che originariamente le parti invocavano la testimonianza dei presenti sul loro rinvio per fare la prova (462). Questa era la pratica comune sotto il sistema delle *legis actiones* e sotto quello delle *formulae* e prevalse fino al tempo di Diocleziano. Nel primo stadio i litiganti dicevansi *in iure* e gli atti del magistrato rispetto ad essi formavano la sua *iurisdictio;* nel secondo essi dicevansi *in iudicio,* poichè quelli ai quali erano rimessi avevano titolo di *iudices*. La analogia delle parole usate a notare due funzioni così distinte è notevole. *Iudex* è lo stesso di *ius dicens;* ma anche il magistrato ritenevasi *ius dicere* (463). La più probabile spiegazione di ciò è data da

(460) La parte che non faceva quanto era necessario per sostenere la causa si riteneva volesse abbandonare la difesa e veniva trattata come *iudicatus* [per tacita *confessio in iure*]. — Vedi UNGER *Z. f.* RG. VII 206.

(461) Bruns p. 16. — VOIGT *XII Taf.* I 693.

(462) Paul. Diac. v. *Contestari* p. 38 M. [vedi v. *contestari litem* p. 57 M.]

(463) I consoli erano qualche volta officialmente detti *iudices*. Varr. *de L. L.* VI 88.

Cicerone e da Dionisio, i quali dicono che in origine l'ufficio del giudicare non era così diviso, ma che in ogni ordinaria lite il re non soltanto certificava trattarsi di un caso importante ma ancora ascoltava e vagliava le ragioni e pronunciava una sentenza definitiva (464). Quando i doveri del supremo magistrato divennero più gravosi per essersi fatti più frequenti i ricorsi a lui, fu necessario delegare ad altri parte delle sue funzioni giudiziarie. In alcuni casi pare che si delegassero ai pontefici, in altri ai senatori; finalmente Servio regolò in modo definitivo questa materia istituendo, come sembra veramente che egli facesse, il tribunale centumvirale a un tempo e il giudice singolo (*unus iudex*) (465). Dopo ciò, divenne regola che il magistrato nell'esercizio della sua *iurisdictio*, se la questione non poteva essere risoluta immediatamente in grazia della confessione del convenuto (*confessio in iure*), determinasse soltanto se l'attore dovesse proseguire la lite e, in caso affermativo, lo rinviasse a tale scopo dinnanzi alla corte certumvirale od al singolo giudice.

Il giudice, fosse singolo o fosse collegiato, doveva soltanto « dichiarare il diritto » e non « dar forza al diritto ». Se poi la sentenza era favorevole all'attore, questi, non potendo ottenere un amichevole componimento, doveva egli stesso attendere alla esecuzione del giudicato con la *manus iniectio* la quale era come si è detto un procedimento esecutivo che si svolgeva di nuovo sotto gli occhi del magistrato e non più dinnanzi al giudice.

Dalla enumerazione che Cicerone fa delle cause di competenza della corte centumvirale si può trarre la conclusione che la giurisdizione di questa fosse sulle questioni di diritto quiritario nello stretto senso della parola (466).

---

(464) Cic. *De Rep.* V 2, 3 (vedi p. 81 § 15 n. 173). — Dion. X 1.

(465) Vedi *supra*, p. 83-86 § 15 n. 177-185.

(466) Cic. *de Orat.* I 38, 173: *In quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur.*

In tutti codesti casi si hanno azioni reali (*vindicationes*) (467); pretese di proprietà su fondi o di servitù prediali, diritti ereditarii ex testamento o contro un testamento, diritti di tutela o di successione *ab intestato* accampati da agnati o da gentili, e simili. In tutti questi casi era una numerosa corte di Quiriti (468), adunata nei tempi primi della repubblica da un pontefice, che risolveva con il suo voto la questione di diritto quirizio che le era sottoposta. Molte di tali questioni in progresso di tempo, da prima forse per espresso consenso delle parti, furono rimesse ad un giudice unico; ma altre, come le azioni relative ad un'eredità testamentaria od oppugnanti un testamento, erano ancora demandate alla corte centumvirale nel periodo classico. Le azioni personali non sembra che fossero di sua competenza, bensì erano di regola rinviate al giudice singolo — cittadino privato — scelto dalle parti ma nominato dal magistrato per conto del quale amministrava sotto giuramento la giustizia. In pochi altri casi, nei quali l'azione importava determinazione non tanto del diritto quanto dell'esercizio di una facoltà, o della estensione e natura di un diritto che in astratto non era contestato, il magistrato rinviava a più giudici privati o ad arbitri i quali di regola erano in numero di tre.

---

(467) I *nexorum* ... *iura* del passo citato nella nota precedente non sono le obbligazioni di *nexum* descritte nel § 31 ed abolite dalla legge *poetilia* del 428, ma alludono ad uno dei titoli della proprietà reale (*fiducia*). La parola occorre di frequente in Cicerone con tale significato; per esempio in *De harusp. resp.* VII 14: *Multae sunt domus in hac urbe... iure hereditario, iure auctoritatis* (usucapione?), *iure mancipii, iure nexi.*

(468) [Diremo altrove come questa corte di cento giudici non esistesse almeno in forma di tribunale unico, bensì fossero i *centumviri* un *ordo iudicum* e giudicassero, a tre a tre, in ognuna delle curie.]

§ 34.

La legis actio sacramento (469).

Carattere principale della *legis actio sacramento* (o *actio sacramenti*) come è descritta da Gaio (470), carattere dal quale traeva il nome, era che ciascuna delle parti dopo una specie di commedia introduttiva davanti al console od al pretore, sfidava l'altra a scommettere una somma, fissata dalla legge ad un dato ammontare, sull'esito della istruzione fatta dal tribunale o dal giudice al quale la causa fosse stata rinviata. Questa scommessa Gaio la dice indifferentemente *sacramentum*, *summa sacramenti* e *poena sacramenti*. Il tribunale era chiamato a determinare, nella forma, quale delle scommesse fosse giustificata e quale no (*cuius sacramentum iustum cuius iniustum*); la somma depositata da colui che aveva ragione gli era restituita, l'altra era devoluta ad uso sacro in antico ed a pubblica utilità di poi. Ma la decisione su questa formale questione necessariamente importava un giudizio sul punto in realtà controverso, giudizio che, se era favorevole all'attore, lo autorizzava in mancanza di un amichevole accordo a fare tutti i passi opportuni per darvi effetto. Questo procedimento era ancora usato ai tempi di Gaio in pochi casi che continuavano ad essere demandati alla corte centumvirale e che altrimenti sarebbero da lungo tempo caduti in disuso.

---

(469) Alla bibliografia dèl § 34 nota 453 si aggiunga: ASVERUS *Die legis-actio sacramenti* Leipzig 1837. — HUSCHKE (*rec. Asveri*) in Richter's Krit. IB. 1839, III 665 e seg. — STINTZING *Verhältnis d. l. a. sacramento zum Verfahren durch sponsio praeiudicialis* Heidelberg 1853. — DANZ *Sacrale Schutz* p. 151-221. — MAINE *Anc. law* p. 375 e seg. — DANZ *Die l. a. sacram. und die lex papiria* in Z. f. RG 1867, VI 339 e seg. — HUSCHKE *Die multa und d. sacramentum* Leipzig 1874. — LOTMAR *Zur l. a. sacramento in rem* München 1876. — BRINZ *Zur contravindication in d. l. a. sacram.* (rec. Lotmar) nel Festgabe zu Spengel's Doctor-iubilaeum München 1877, p. 95-146. — MÜNDERLOH *Ueber Schein u. Wirklichkeit an d. l. a. sacram.* nella Z. f. RG. 1878, XIII 445. — E. ROTH nella Z. d. Sav. Stift. 1883, N.S. III 131 e seg. — FIORETTI *Legis Actio sacramento* Napoli 1883. — IHERING *Reich und Arm im altröm. Civilprozess* nel suo Scherz und Ernst p. 175 e seg.

(470) Gai. IV 13-17.

Gaio afferma che questa *legis actio* era usata tanto nelle azioni reali quanto nelle personali; sfortunatamente il manoscritto delle sue Instituzioni è monco nel luogo ove descrive la applicazione di essa alle azioni personali. Si ha però la maggior parte del suo racconto intorno all'*actio in rem* usata a sollevare e risolvere le questioni sulla proprietà; ma egli ci dà solo esempio della rivendicazione di uno schiavo, esempio meno interessante ed istruttivo del procedimento per la rivendicazione di un fondo. Questo però può essere ricostruito con abbastanza certezza in grazia dell'aiuto che altre fonti porgono (471).

Le parti comparivano dinnanzi al magistrato ciascuna armata di una verga (*festuca*) rappresentante la sua lancia (*quir* o *hasta*), simbolo come dice Gaio (472) della proprietà legittima. Le prime parole, pronunciate da colui che muoveva la azione, erano rivolte al suo oppositore (473): FUNDUM QUI EST (segue la descrizione sufficiente ad identificarlo, come: IN AGRO QVI SABINVS VOCATVR) MEVM ESSE AIO (474) EX IVRE QVIRITIVM · INDE IBI EGO TE EX IVRE MANV CONSERTUM VOCO. Quindi, secondo l'antichissima consuetudine, il magistrato e le parti accompagnate dai loro amici e testimoni (o, possiam dire, dai loro secondi) si reca-

---

(471) Principalmente Cic. *pro Mur.* XII 26. — Aul. Gell. *n. a.* XX 10.

(472) Gai. IV 16.

(473) In una lite *per sacramentum* intorno ad una questione di proprietà le parti non erano rigorosamente parlando l'una rispetto all'altra, attore e convenuto; perchè quella contro il quale era stata promossa l'azione doveva sostenere il proprio diritto e non solo negare quello dell'avversario. Quindi Gaio non li dice *actor* e *reus* ma *adversarii;* l'uno infatti vindicava e l'altro contravindicava.

(474) Le parole in Gaio (IV 16) sono MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM. Queste ultime parole *secundum suam causam* vogliono i più che facessero parte della formula pronunciata dal vindicante e che occorressero in ogni vindicazione. Sembra piuttosto che esse siano da Gaio poste invece di quelle che realmente usavansi caso per caso; perchè Gaio ci dà le formule proprie alle vindicazione di un *homo;* era quindi necessario spiegare con quale carattere lo si pretendeva — come *filius familias,* come pupillo, come liberto, e simili; codeste parole adunque significano questo solo, che il revindicante doveva aver cura di dare le opportune spiegazioni intorno al preteso diritto. Spesso però non era ciò necessario, trattandosi ad esempio della vindicazione di un fondo, come nel testo.

vano sul luogo; — il tribunale si portava sul *forum rei sitae*. Ma, crescendo le distanze e gli affari dei consoli, ciò divenne un incomodo: laonde si introdusse l'uso di mandare sul luogo le parti senza il magistrato ma per suo comando a determinare la questione in presenza dei loro testimoni; a questi veniva ingiunto di accompagnarle perchè dovevano riferire al loro ritorno sulla osservanza delle formalità. La procedura più moderna fu di nuovo semplificata ed il rito fu il seguente. Quegli che aveva mossa la azione rivolgendosi all'avversario nuovamente affermava d'essere il proprietario, aggiungendo questa volta le espressive parole SICVT DIXI ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSVI, e poscia toccava la zolla con la sua bacchetta, che prendeva in questa funzione il nome di *vindicta*. Queste parole venivano considerate dal magistrato come un invito fatto all'altra parte di controvindicare se credeva opportuno; se questa riconosceva il diritto dell'attore oppure taceva, avveniva immediatamente l'*addictio* in favore dell'attore, e così aveva fine il procedimento (475). Ma se invece il convenuto volea controvindicare egli doveva ripetere le stesse parole dette prima dal suo avversario: HVNC EGO FVNDVM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO · SICVT DIXI ECCE TIBI ET EGO VINDICTAM IMPOSVI. Questa verbale e simbolica *vindicatio* e *contravindicatio* completava quella parte del procedimento che chiamavasi con termine tecnico *manus consertio* (476). Le parti trovavansi così ad avere l'una e l'altra affermato la proprietà sopra la stessa cosa facendo simbolicamente ricorso

---

(475) Per accordi fra cedente e cessionario, la procedura a questo punto era spesso usata come mezzo di transferimento e il cessionario assumeva figura di vendicante; ciò costituiva la *in iure cessio* ricordata nel § 30.

(476) Il congiungere le mani sul luogo in presenza del magistrato dicevasi tecnicamente IN *iure manum conserere;* innanzi a testimoni senza la di lui presenza dicevasi invece EX *iure manum conserere.* — Alcuni editori leggono *manus conserere* invece di *manum conserere;* ma ciò guasta il concetto, perchè le parti non contrastavano o fingevano di contrastare con le mani l'uno contro l'altra; ma asserivano e contrasserivano la loro proprietà sotto il vecchio nome di *manus*. Ciò sorte nettamente dall'uso di questa frase in Gell. *n. a.* XX 10, 8: *correptio manu* non *manibus* — e XX 10, 9: *ad conserendam manum* non *conserendas manus*.

alle armi in sostegno dell'accampato diritto. Ma la questione doveva comporsi giudizialmente, ond'è che il magistrato interveniva a questo punto ed ordinava alle parti di ritirarsi. Allora si faceva come un riassunto di quanto s'era detto e l'attore chiedeva al suo avversario la ragione (*causa*) per cui aveva contravindicato. Nell'esempio dato da Gaio questo evita di rispondere ricorrendo ad una frase generale IVS PEREGI SICVT VINDICTAM IMPOSVI (477).

A questo punto del procedimento entrava in campo il *sacramentum*. La prima sfida partiva dal vindicante: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO.

A lui rispondeva l'avversario ET EGO TE; il che dicevasi con termine tecnico *sacramento provocatio*. Dopo di ciò il magistrato rimetteva la causa alla corte centumvirale (in certi casi a un sol giudice) ed alla presenza di testimoni chiamati dalle parti (*litis contestatio*) dichiarava quale precisamente fosse la questione sollevata, e da quale corte o giudice dovesse essere risolta (478). Nello

---

(477) Non si può dubitare che in certi casi il contravindicante non stimasse utile provare il suo titolo. Ciò era necessario quando egli derivava il suo diritto da un trasferimento dalla data del quale non erano scorsi ancora due anni di possesso; in tali casi egli doveva nominare il suo autore (*auctorem laudare*) se pure voleva conservare la facoltà di rivalersi contro di lui in virtù della garanzia inerente alla mancipazione. Ciò forse portava a sospendere il processo per fare la citazione dell'*auctor* nel suo interesse; ed alla riassunzione del procedimento, se egli compariva ed ammetteva la sua *auctoritas*, era formalmente preso in causa. Valerio Probo, IV 7, ci ha conservato l'interrogatorio rivolto a lui dal vendicante: QVANDO IN IVRE TE CONSPICIO POSTVLO ANNE FAR (FIAS?) AVCTOR. Cicerone (*pro Mur.* XII 26) cita le prime cinque parole. — Su la *laudatio auctoritatis* in genere vedi VOIGT *XII Tafeln* II 195. — [Vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 271 *s* e la bibliografia ivi citata].

(478) In quello che ci avanza della sua descrizione della *actio sacramento in personam* Gaio dice che secondo la *lex pinaria* (questa l'Huschke il Rudorff e il Mommsen pongono nell'a. 282, il Voigt nel 322) il pretore invitava le parti a ritornare al trentesimo giorno dopo la *sacramento provocatio* per la nomina del giudice unico; e perchè, parlando della azione *in rem*, egli dice che dopo la provocazione si seguiva in essa la stessa procedura che nella azione personale (eadem sequebantur quae cum in personam ageretur) quasi tutti gli scrittori ritengono che nell'una e nell'altra il pretore rinviasse dopo trenta giorni al giudice unico. Con l'andar del tempo, e con qualche eccezione

stesso tempo esigeva dalle parti garanzie per l'eventuale pagamento del sacramento, il quale andava al fisco; in origine era uso che le parti depositassero la somma promessa nelle mani dei pontefici prima di adire la corte centumvirale e dopo il giudizio il vincitore ripeteva il proprio *sacramentum* mentre quello della parte soccombente veniva ritenuto per servire a scopi religiosi (479). Il magistrato disponeva anche del possesso interinale del fondo in favore di una delle parti ma questa doveva garantire che qualora per avventura restasse soccombente restituirebbe all'altra il fondo con i frutti ricavati in quell'intervallo di tempo. Nel giudizio, poichè ambedue le parti erano rivendicanti, l'onere della prova deve essere stato a carico di tutte e due. Il rivendicante, come è chiaro, doveva cercare anzitutto di provare che la cosa reclamata era stata altravolta sua; ed allora, ma forse allora soltanto, il contravindicante doveva produrre un titolo più recente e tale che bastasse ad escludere il diritto dell'avversario. Il giudizio, come

---

questa sarà divenuta la regola; ma in antico, come si è detto nel precedente paragrafo, e forse per un paio di secoli, nelle azioni reali, le parti erano rimesse innanzi al tribunale centumvirale. [Su la legge *pinaria* vedi GADDI *Cronol. delle leggi com. rom.* p. 523].

(479) Nella antica procedura *per sacramentum* ciascuna parte doveva depositare la sua posta prima della fine della questione; ma più tardi bastò che ognuna desse garanzia del pagamento pel caso in cui la sentenza sia sfavorevole. Lo Ihering (*Reich und Arm im altröm. Civilprozess* nel suo Scherz und Enrst p. 175 e seg.) risguarda questo cangiamento come un segno della vittoria della legislazione popolare. Egli sostiene che v'erano tante formalità nella procedura *per sacramentum* e *per manus iniectionem*, a fine di porre ostacoli al povero che pretendesse far riconoscere o volesse difendere un suo diritto, obbligandolo a depositare una grossa somma di denaro in un caso ed a trovare un *vindex* nell'altro, prima di ammetterlo ad intentare l'azione o sostenere la difesa; che ambedue codesti procedimenti servivano a frustrare gli scopi della giustizia quando un ricco si trovava a contrasto con un povero. Questo stato di cose fu migliorato in progresso di tempo nel caso della *manus iniectio*, essendosi permesso alla parte contro la quale era intentata di difendersi nella maggior parte dei casi *in propria persona*, cioè senza un *vindex*; — nel caso della *actio sacramento* essendosi ritenuto sufficiente che le parti dessero garanzie della *summa* o *poena sacramenti* la quale veniva poi riscossa soltanto dalla parte soccombente. Lo Ihering deriva questo ultimo cangiamento da una legge che ci è in parte conser-

si è detto, importava un esame della vera questione, ma nella forma si limitava ad una dichiarazione intorno al *sacramentum* — quello della parte vittoriosa era affermato giusto e quello della parte soccombente dicevasi ingiusto (480).

Considerando nel suo insieme questo rituale si fa strada irresistibilmente la convinzione che esso non sia il prodotto di una sola mente e di un sol momento; infatti suppone e collega tre distinti momenti della storia della procedura — il ricorso alle armi ed alla giustizia privata, il ricorso agli dêi ed al potere spirituale (481) ed il ricorso al magistrato civile ed al suo potere giudiziario. Come Gellio dice, la reale e sostanziale lotta pel diritto, che in epoca antichissima era sostenuta a colpi di lancia,

---

vata da Festo (v. *sacramentum* p. 347 M), che fu promulgata su proposta di L. Papirio tribuno della plebe, e che non può essere anteriore al sesto secolo di Roma; questa legge nomina tre officiali che attendano a raccogliere il denaro del *sacramentum* (*sacramenta exigunto iudicantoque*). Il *sacramenta iudicanto* induce ancora lo Ihering a ritenere che codesti officiali non solo dovessero raccogliere le ammende ma che dovessero inoltre, senza riguardo alla cifra di 500 o di 50 *asses* scommessa nella *provocatio*, determinare in ciascun caso speciale l'ammontare del *sacramentum*. Lo stesso autore identifica questa legge papiria con l'altra dello stesso nome ricordata da Plinio (*n. h.* XXXIII 46) la quale riduce il titolo dell'*as* di rame ad una mezza oncia (era già stato ridotto nel 485 da 1 libbra a 4 oncie, verso il 513 a 2 oncie, e nel 537 ad 1 oncia); ma questa legge dai più recenti scrittori è ascritta all'a. 665. Egli fa così la *lex papiria* una legge di vasti intendimenti, la quale ad un tempo rimetteva la esazione del *sacramentum* alla fine della lite, autorizzava i *III viri capitales* a determinare l'ammontare di esso, e ne facilitava il pagamento riducendo il valore dell'*as*. Ma quest'ultimo provvedimento più verosimilmente intese ad alleviare la condizione dei debitori *ex mutuo*. Si noti poi che il testo conservatoci da Festo sembra indicare che i nuovi officiali nell'esigere e nel giudicare — che cosa significhi quel *iudicanto* è tutt'altro che chiaro — seguissero un uso già esistente da tempo. Se è vero, però in epoca anteriore a quella fissata dallo Ihering, che fosse introdotto il cangiamento in questione non vi può essere dubbio intorno alla sua importanza ed al beneficio che i poveri litiganti dovettero risentirne. [Su la *lex papiria* vedi Gaddi *Cronol. delle leggi com. rom.* p. 537 e su la *lex papiria semunciaria* vedi l'op. cit. a pag. 576].

(480) Cic. *pro Caec.* XXXIII 97.

(481) Non si deve perdere di vista che nel periodo regio il re era anche pontefice massimo, e che era investito del potere spirituale e del secolare.

aveva ceduto il luogo al combattimento civile ed alla *vis festucaria* (in cui le parole erano armi) che aveva fine per l'intervento del pretore (482). Ma ciò non spiega la esistenza del *sacramentum*. Svariatissime sono le teorie escogitate per darne ragione. Secondo Gaio il *sacramentum* era semplicemente una somma di denaro deposta da ciascuna parte; era poi devoluta in origine ad uso sacro e più tardi destinata in pubblico vantaggio la somma depositata dalla parte soccombente, come pena della sua imprudenza nell'introdurre od accettare una lite. La stessa spiegazione, nella sostanza, è data da Festo in una delle sue definizioni della parola *sacramentum* (483). Tutto ciò però è ben lungi dal soddisfare; perchè dà luogo all'assurdo di ritenere ingiusta (*iniustum sacramentum*) in ogni caso una pena stabilita dalla legge ed all'assurdo anche maggiore di ritenerla giusta rispetto alla parte che aveva ragione e ingiusta rispetto a quella che aveva torto.

Vi è un'altra definizione in Festo (*sacramento dicitur quod iuris iurandi sacratione interposita actum est*) (484) che serve di fondamento alla opinione del Danz dell'Huschke di E. Roth e di qualche altro. Questi autori, ritengono che un tempo le parti dovessero giurare la verità delle loro asserzioni; che dovessero depositare cinque buoi o cinque pecore, secondo l'ammontare dell'oggetto della disputa, in attesa dell'esito del giudicio (485); che la questione fosse risolta con la determinazione del *iustum vel iniustum sacramentum;* che quegli il quale

---

(482) Aul. Gell. *n. a.* XX 10, 10. — *Vindicare* è appunto *vim dicare*, proclamare un diritto di potestà.

(483) Fest. v. *Sacramentum* p. 347 M.

(484) Fest. v. *Sacramento* p. 347 M.

(485) Fu la *lex aternia tarpeia* del 300 u. c. che ragguagliò cinque buoi e cinque pecore a 500 e 50 libbre rispettivamente; — Cic. *De Rep.* II 35, 60 (dove le parole generalmente stampate *de multae sacramento* vogliono esser lette *de multa et sacramento*).— Fest. v. *Peculatus* p. 213 e 217 M. — Alle libbre in verghe di metallo greggio le XII Tavole sostituirono un egual numero di *asses* dichiarando che 500 sarebbe stata la *summa sacramenti* quando la causa della azione importava 1000 *asses* o più, 50 quando importava meno o si controverteva sulla libertà di uno schiavo (Gai. IV 14). [Su la *aternia tarpeia* vedi Gaddi *Cronol. delle leggi com. rom.* p. 520].

risultava aver giurato il falso perdesse i buoi o le pecore consacrate allora come *piamentum* (ostia offerta alla divinità offesa); che l'altra parte infine potesse reclamare il suo bestiame dal luogo dove era stato nel frattempo custodito (486).

Gli autori citati sono tutt'altro che concordi su i particolari; il che non può far meraviglia in tanta scarsità di notizie. Pertanto basta ritenere come probabile che ad un'epoca intermedia fra la *vera solida vis* dei tempi antichi e la *vis civilis et festucaria* che Gellio e Gaio descrivono, vi fosse nella procedura un appello agli dêi per mezzo di giuramento sulla verità asserita dalle parti, nel modo e con gli effetti come si è detto. Se questa fosse ancora in uso all'epoca della legislazione decemvirale non è possibile determinare; che col tempo fosse abbandonata è nell'ordine delle cose. Certamente aveva tendenza a divenire vuota forma senza influenza reale sulle liti ordinarie; qualche vincolo invece lo imponeva il timore della confisca del bue, della pecora, o del denaro consacrato, confisca che dovea seguire il giudizio sulla verità del

(486) Varrone, *de l. l.* V 180, dice che, anche quando la *summa sacramenti* fu convertita in denaro, usavasi depositarla *ad pontem;* non determina presso qual ponte fosse il sacro deposito. Il Danz (Z. f. RG. 1867, VI 359) si richiama alla recente scoperta nell'isola tiberina dei *Sacella* del *Iupiter Iurarius* e del *Dius Fidius,* cioè delle due divinità alle quali di regola si rivolgevano i solenni giuramenti, e poichè l'isola era detta *inter duos pontes* per essere collegata alle due rive con ponti che non avevano un nome speciale, ritiene che la isola stessa fosse il luogo dove le parti facevano i loro *sacramenta* e che i buoi le pecore ed il denaro fossero quivi depositati prima che il ponte fosse distrutto. La stessa ipotesi fu sostenuta dall'Huschke, due anni appresso, nel suo libro *Das alte römische Jahr* Breslau 1869 p. 360 a quanto sembra senza che egli conoscesse la congettura del Danz. L'Huschke anzi aggiunge, su l'autorità delle tavole Eugubine, che i buoi erano offerti a Giove, le pecore erano consacrate al *Dius Fidius;* e crede che l'isola fosse scelta come luogo neutrale al quale tutte le parti potevano accedere, ed allo scopo di evitare ogni ingombro nei templi dei due dêi situati l'uno sul Capitolio e l'altro sul Quirinale. A questo di servire di teatro per la sfida al *sacramentum*, dovrebbe adunque l'isola il nome di « isola santa » piuttosto che al tempio di Esculapio che in essa si trovava. L'Huschke ritorna su questa ipotesi e la consolida nel suo *Multa und sacramentum* (1874) p. 410 dove cita l'articolo del Danz.

giuramento. Si noti inoltre che sarebbe stato ingiusto segnare del marchio per falso giuramento, rendendosi allora necessaria la espiazione del peccato con una offerta agli dêi, quegli che aveva giurato in buona fede; che dovesse subire una pena della sua imprudenza, perchè non aveva usate maggiori precauzioni nel determinare la sua condizione e perchè così cagionava non necessarie molestie ad altri, era cosa ragionevole, ma non sarebbe stato cosa equa trattarlo come colui che avesse oltraggiata scientemente la divinità invocata. Così il giuramento, l'originario *sacramentum*, disparve; il nome passò, con un processo abbastanza naturale, alla somma di denaro che era venuto in uso di depositare prima del giuramento e che ora cessando di essere una offerta in espiazione di un falso giuramento aveva assunto natura di una semplice penale delle liti temerarie, *poena temere litigantis* (487). La incongruenza sta in ciò che il *judex* pronuncia ancora la vecchia formula: « il *sacramentum* di A è giusto, quello di N è falso ». Questo fatto può spiegarsi soltanto con quello spirito di conservazione che domina la giurisprudenza romana e che vietava l'abbandono delle vecchie forme per considerazioni puramente teoriche, finchè potevano adattarsi in pratica alla mutata condizione di cose.

Nella maggior parte dei casi la determinazione del tribunale sulla giustezza o non giustezza rispettiva dei sacramenti delle parti chiudeva il procedimento, e la sentenza del giudice era lealmente eseguita. Se questa fu favorevole alla parte alla quale il magistrato aveva concesso il possesso interinale, non sorgeva difficoltà alcuna; perchè restava al possessore l'oggetto controverso con i frutti ed i vantaggi derivatigli nell'intervallo tra la *litis contestatio* ed il giudizio. Se invece la sentenza fu resa a favore dell'altra parte, nella mancanza di amichevole accordo non è ben chiaro che procedimento si seguisse. Secondo Gaio nell'aggiudicazione interinale del possesso (*vindicias dicere*) esigevasi che il cessionario desse al suo avversario ga-

---

(487) Rubr. tit. *Inst.* IV 16.

ranzia con mallevadori (*praedes*) di restituzione dell'oggetto per il caso in cui egli perdesse la lite (488). Festo ci conserva una legge delle XII Tavole la quale, secondo la ricostruzione del Mommsen, disponeva che quando il possesso interinale non era stato accordato alla parte realmente lesa, fosse in facoltà di questa chiedere la nomina di tre arbitri i quali accertassero il valore dell'oggetto rivendicato e dei frutti e l'ammontare dei danni dovuti per la restituzione del doppio del valore dell'oggetto stesso (489). Questa disposizione sembra aver inteso a fornire al possessore interinale sconfitto, il quale non fosse in grado di fare una specifica restituzione al suo fortunato avversario, un mezzo per evitare l'arresto e la carcere che erano le conseguenze di legge dello inadempimento di un giudicato (490). È probabile che con l'andare del tempo questo duplicato pagamento in denaro fosse risguardato come un compenso a cui la parte vittoriosa in una reivindicazione aveva diritto quando non poteva ottenere, non importa per quale motivo, la cosa stessa e i frutti dal possessore interinale; che pertanto un *arbitrium litis aestimandae* (rinvio agli arbitri per la determinazione del valore) si rendesse in tali casi sempre necessario; e che per assicurarne il pagamento il pretore esigesse dalla parte alla quale concedeva il possesso interinale i garanti (*praedes litis et vindiciarum*) cui Gaio allude.

Tale era la *legis actio sacramento in rem* quando si dibatteva intorno alla proprietà di un fondo. Ma con lo stesso procedimento, benchè, si capisce, con variazioni più o meno importanti nel rito, si poteva pretendere ogni

---

(488) Gai. IV 16.

(489) SI VINDICIAM FALSAM TVLIT SI VELIT IS PRAETOR ARBITROS TRIS DATO EORVM ARBITRIO REI FRVCTVS DVPLIONE DAMNVM DECIDITO. Fest. v. *Vindiciae* p. 376 M. — MOMMSEN *Fest. cod. quatern. XVI* Berlin 1864 p. 84. — Questa legge si crede che fosse in una delle Tavole supplementari dell'anno 304; ciò lascia supporre ch'essa mirasse a mitigare il rigore della disposizione della Tavola III su la *manus iniectio;* vedi VOIGT *Jus naturale,* III 702-716.

(490) VOIGT (*Ius natural.* III 705 e seg.; *XII Tafeln* II 656 n. 14) crede contrariamente alla opinione generale che le disposizioni delle Tavole in riferimento alla esecuzione delle *res iure indicatae* non fossero limitate alle condanne in denaro.

sorta di *manus* che altri avesse sulle persone o sulle cose. Se si disputava intorno al diritto di alcuno sulla donna che egli sostiene essere sua moglie o intorno alla persona che egli pretende essere suo *filius familias* o suo liberto *in mancipio* o suo schiavo, il procedimento normale era l'*actio sacramento in rem.* La stessa serviva a reclamare in qualità di erede una eredità, a far valere un diritto di servitù sul fondo altrui o a determinare che le proprie terre sono libere da tali vincoli. Così, quando alcuno era trattenuto in schiavitù mentre sosteneva di essere realmente libero, usava della stessa procedura il terzo che sosteneva le ragioni dello schiavo e che prese nome di *adsertor libertatis;* in questo caso le XII Tavole limitarono la penale del *sacramentum* a 50 *asses,* e prescrissero che durante lo svolgimento del processo quegli di cui era controverso lo *status*, fosse considerato libero. Il Brinz ha sostenuto (491), benchè in via di timida ipotesi per essere codesto autore assai circospetto, che la *actio sacramento in personam* (descritta da Gaio in una pagina del manoscritto di Verona della quale sfortunatamente non si legge più di mezza dozzina di parole) era in origine una semplice *vindicatio.* Ammettendo che nel diritto antico il debitore fosse realmente soggetto alla *manus* del creditore, il quale poteva ridurlo in una quasi schiavitù mancando agli assunti impegni, egli crede che l'azione personale fosse da prima una disputa sulla servitù o libertà del debitore, una azione *in rem*, e che in essa il *vindex* prendesse il posto di un *adsertor libertatis.* Questa ipotesi è nuova ed è degna di maggior considerazione. La *comunis opinio*, che ha però scarsi argomenti a sostegno, ritiene che fin da prima le parti in una azione personale si trovassero in eguale condizione; che, nel caso di un debito pecuniario, il creditore cominciasse il procedimento avvertendo il convenuto del debito di lui e dell'ammontare della somma in questione (AIO TE MIHI X MILIA AERIS DARE OPORTERE); che il convenuto rispondesse con un diniego e che un impegno sa-

---

(491) Nell'articolo *Del concetto racchiuso nella parola obligatio*, Grünhut's ZSchr. I 23 e seg.

cramentale seguisse da ambo le parti (492). Tutti s'accordano nel credere che si facesse il rinvio ad un *judex* unico, dopo un intervallo di trenta giorni dal procedimento *in iure;* che allora l'attore dovesse formulare nettamente la sua domanda di una somma determinata e che il suo *sacramentum* fosse di necessità dichiarato ingiusto se non poteva provare di aver diritto fino all'ultimo centesimo domandato. Ma v'è notevole disparere sulla forma del procedimento quando la dimanda non tende ad una somma determinata, come per esempio nel caso di danni quando il venditore dette (nella *lex mancipii*) false assicurazioni sulla misura del fondo venduto, o sulla sua libertà da vincoli.

§ 35.

La legis actio per iudicis postulationem (493).

Le lacune del manoscritto di Verona ci tolgono le notizie di Gaio sulla *legis actio per iudicis postulationem;* onde vi è poco a dire intorno ad essa con probabilità di certezza. Il dato più importante sono le sigle di Valerio Probo — T. PR. I. A. V. P. V. D. — che sono generalmente spiegate così: *te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des* (494). Questa domanda fatta al magistrato (re, console, pretore) per la nomina di un giudice o di uno o più arbitri (come il caso speciale richiedeva), secondo ogni probabilità entrava nelle formule procedurali della

(492) Val. Prob. IV 1 e 2 ha queste *formulae:* AIO TE MIHI DARE OPORTERE e QVANDO NEGAS TE SACRAMENTO QVINGENARIO PROVOCO. — Quest'ultima pare riferirsi alla procedura *per sacramentum;* ma la prima può aver appartenuto anche alla *legis actio per condictionem* (§ 41).

(493) Alla bibliografia della nota 453 § 33 si aggiunga: BARON *Zur. leg. act. per iudicis arbitrive postulationem* nel Festgabe für Aug. W. Heffter Berlin 1873 p. 29 e seg. — HUSCHKE *Die Multa u. d. sacram.* p. 349 e seg. — ADOLFO SCHMIDT *Ueber die l. a. per iud. post.* nella Z. d. Sav. Stift. 1851, N. S. II 145 e seg. — VOIGT *XII Taf.* I § 61 [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 322 *f*].

(494) Val. Prob. IV 8.

azione che da ciò appunto trasse il suo caratteristico nome. Tutto il resto, che riguarda la natura e forma della azione ed i casi ai quali era applicabile, è materia di congettura. Gaio dice della *legis actio sacramento* che essa era di generalo uso e che era la sola sanzionata dalla legge; in qual modo non è possibile ricavare dai frammenti delle XII Tavole che a noi son giunti; non v'è traccia di alcuna espressa disposizione onde si possa arguire che in qualche caso speciale il procedimento dovesse essere *per iudicis postulationem.* Fra codesti frammenti però si hanno due o tre provvedimenti relativi agli *arbitria* (495) — controversie che dovevano essere risolte da gli arbitri ai quali era rinviata la causa, non con una semplice affermativa o negativa obbligatoria, ma secondo la loro convinzione di quello che era giusto in quel dato caso anche se era meno o più di quanto aveva preteso l'una parte od ammesso l'altra. Il numero di questi *arbitria* crebbe certamente dopo le XII Tavole; per vero Cicerone applica tale nome a tutte quelle azioni le quali danno vita ai più famigliarmente detti *bonae fidei iudicia;* anzi alcuni di questi debbono essere stati promossi con il procedimento *per iudicis postulationem* finchè le *legis actiones* furono in uso.

Una osservazione incidentale di Gaio, però, su questo punto (496) lascia alquanto a dubitare che la *iudicis postulatio* fosse altresì usata ad iniziare *stricti iuris iudicia* — ad intentare cioè alcune di quelle azioni nelle quali il giudice non aveva larghezza di sorta, ma era vincolato a determinare se erano fondate le pretese dell'attore. Quali erano? Esaminando la materia si vede come sotto

(495) Per esempio: *arbitrium falsae vindiciae* in Fest. v. *Vindiciae* p. 376 M; — *arbitrium familiae erciscundae* in Cic. *pro Caec.* VII 19 e in Gai. Dig. X 2, 1 pr.; — *arbitrium finium regundorum* in Cic. *de leg.* I 21, 55.

(496) Gai. IV 20. — Egli parla della *leg. act. per condictionem* introdotta dalla legge silia e calpurnia. Questa azione tendeva a promovere un giudizio quando l'attore ripeteva una somma precisa di denaro o qualunque altra *res certa;* ora, secondo Gaio, non appare come siasi resa necessaria la nuova azione perchè tali pretese potevano proseguirsi con la *l. a. sacramenti* o la *per iudicis postulationem.* Inoltre i *iudicia* che quelle leggi ordinavano erano in prima istanza essenzialmente *stricti iuris.*

l'impero delle XII Tavole spesso fosse necessario lasciar da banda la procedura *per sacramentum* (497). Niuno avrebbe pensato di rivendicare con questa forma la proprietà di un oggetto quando avesse avuto un valore minore del *minimum* del *sacramentum* o a reclamare un compenso di 25 *asses* per una ingiuria o per il danno recato da chi dolosamente abbatte un albero (498). Poichè la *condictio* è di più recente introduzione, l'ineluttabile conclusione è che si deve aver ricorso in tali casi alla *per iudicis postulationem*. Molti giuristi, però, credono che l'uso di essa non fosse limitato ai casi nei quali era svantaggioso servirsi della procedura *per sacramentum* in grazia della poca importanza pecuniaria della causa. L'Huschke pare propenso ad ammettere che nella maggior parte delle azioni personali l'attore avesse la scelta fra l'uno e l'altro procedimento. Il Karlowa sostiene che all'infuori delle XII Tavole eranvi moltissimi altri diritti i quali avevano sanzione nel *ius* consuetudinario e non nella legge fondamentale; che le azioni relative erano *iurgia* non *lites;* e che la *iudicis postulatio* era la procedura seguìta nel promuovere questi *iurgia* (499). Il Voigt trova molte ragioni per l'uso di questa forma procedurale entro le XII Tavole stesse; enumera, entro di queste, casi per non meno che cinquantadue azioni; e, trascurando la osservazione di Gaio sulla generalità dell'*actio sacramento,* non esita ad assegnare a ciascuna azione la propria sua procedura. Poco meno di trentacinque azioni, secondo che egli crede, erano promosse con la *iudicis arbitrive postulatio;* di queste, nove mettevan capo ad *arbitria,* le rimanenti a *iudicia* (500). Il suo ragionamento è acuto ma in mancanza di ogni diretta autorità che lo suffraghi non può dirsi convincente. È impossibile adunque tracciare con certezza la storia di questa procedura dagli

---

(497) Il Bekker *Aktionen* I 65-67 espone moltissimi casi delle XII Tavole che sarebbe stato difficile risolvere con la *leg. act. sacramento.*

(498) Tale era la pena imposta dalle XII Tavole per codesti reati.

(499) Karlowa *Röm. CP.* p. 47 e seg. e 122 e seg.

(500) Voigt *XII Tafeln* I 586-589. — Vedi anche Ihering *Reich und Arm* (in Scherz u. Ernst p. 203 e seg.).

inizii suoi, ma è generale convincimento che sia sorta nel periodo regio.

Questi pertanto sono i casi diversi nei quali si poteva ricorrere ad un tribunale:

a) Quando era in questione un diritto civile tale che portasse a decidere con una categorica affermativa od una categorica negativa della pretesa di colui che aveva intentata la azione; in questi casi erano a un tempo in questione il diritto e il fatto;

b) Quando doveva essere determinata soltanto la questione di fatto perchè le conseguenze giuridiche del fatto stesso, se comprovato, erano note *a priori;*

c) Quando ai fatti si opponevano altri fatti e il giudice doveva riconoscere quali di essi erano più calzanti al proposito secondo le circostanze.

Nel primo caso, quando cioè la contesa era sul *meum esse* o sul *dari oportere* (non però se questo risultava da una obbligazione di *nexum*) la procedura era *sacramento* ed originalmente, secondo ogni probabilità, le parti erano rinviate ai pontefici (più tardi al tribunale centumvirale od al *iudex*). Nel secondo caso, quando cioè la questione era, ad esempio, — ha o non ha il convenuto ingiuriato l'attore e così è egli incorso nella pena dalla legge invariabilmente fissata? — le parti andavano forse dal *iudex* unico senza l'intervento di *sacramentum*. Nel terzo caso, come quando oggetto della controversia erano la divisione di una eredità tra coeredi, la determinazione o l'accertamento dei danni per offese alla proprietà, la valutazione di una somma sufficiente a liberare dal taglione o dalla pena dalla legge stabilita pel furto, le parti erano demandate ad uno o più arbitri. Nella procedura *sacramento* l'attore apriva la causa direttamente con la affermazione del diritto (HANC EGO REM MEAM ESSE AIO — AIO TE MIHI CENTUM DARE OPORTERE); ma in quella *per iudicis arbitrive postulationem* v'è motivo a credere che l'attore cominciasse con una esposizione del fatto seguìta dalla conseguente domanda di risarcimento per la violazione del diritto. I particolari però sono molto incerti; in alcuni *arbitria* l'attore espressamente si rimette al giudizio degli arbitri — QUANTVM AEQVIVS MELIVS EST OB EAM REM MIHI DARI.

§ 36.

La legis actio per manus iniectionem (501).

In uno dei suoi più interessanti capitoli ed in un brano di dialogo fra Sesto Cecilio Africano il giureconsulto e Favorino il filosofo, i quali con pochi altri attendevano nel cortile del palazzo per fare la loro corte all'imperatore, Aulo Gellio ci dà notizia per bocca di Africano di alcune leggi delle XII Tavole e specialmente di quelle relative alla *manus iniectio* (502). Africano dice che, secondo egli crede (*opinor*), le parole della legge sono queste: AERIS CONFESSI REBVSQVE IVRE IVDICATIS TRIGINTA DIES IVSTI SVNTO · POST DEINDE MANVS INIECTIO ESTO · IN IVS DVCITO · NI IVDICATVM FACIT AVT QUIS ENDO EOM IVRE VINDICIT SECVM DVCITO · VINCITO AVT NERVO AVT COMPEDIBVS · QVINDECIM PONDO NE MAIORE AVT SI VOLET MINORE VINCITO (503) · SI VOLET SVO VIVITO · NI SVO VIVIT QVI EOM VINCTVM HABEBIT LIBRAS FARRIS ENDO DIES DATO · SI VOLET PLVS DATO. Africano continua narrando: *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite*

---

(501) Alla bibliografia della nota 453 § 33 si aggiungano: HUSCHKE *Nexum* 1846 p. 79. — SAVIGNY *Das alt-röm Schuldrecht* nei suoi Verm. Scrift. 1850, II 369. — HOFFMANN *Die Forcten und Sanaten, nebst Anhang über d. altröm. Schuldrecht* Vienna 1866 p. 54. — UNGER nella Z. f. RG. 1868, VII 192. — VAINBERG *Le nexum et la contrainte par corps en droit Rom.* Paris 1874 p. 36. — BRUNS nella Z. f. RG. 1876, XII 128. — EXNER nella Z. f. RG. 1878, XIII 392. — VOIGT *Ueber d. Gesch. d. röm Executionsrechtes* nei Berichte d. K. Sachs. Gesellsch. d. Wilsenschaften, phil.-hist. Cl. 1882, XXXIV 76. — VOIGT *XII Tafeln* I §§ 63-65. — IHERING *Reich. u. Arm im Altröm. Civilprozess* nei suoi Scherz u. Ernst. p. 196 e seg. e p. 232 e seg.

(502) Gell. *n. a.* XX 1, 41-51.

(503) I mss. hanno NE MINORE AVT SI VOLET MAIORE. Il PUCHTA *Inst.* I § 179 n. *i*, il LANGE *Röm. Alt.* I 155, e l'HOFFMANN *Die Forcten u. Sanaten* p. 68 mantengono questa lezione; ma la grande maggioranza degli autori è concorde nel cangiarla come noi l'abbiamo cangiata.

poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant, sed eam capitis poenam sanciendae, sicuti dixi fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt. Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus secare si vellent atque partiri corpus addicti sibi homini permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam.... TERTIIS NVNDINIS PARTIS SECANTO · SI PLVS MINVSVE SECVERVNT SE FRAVDE ESTO.

Tanto narra Gellio intorno alle disposizioni delle XII Tavole che si riferiscono a questa *legis actio;* ma le parole di esse sollevano in molti punti grandi incertezze quanto al significato. Gellio stesso non garantisce della loro autenticità: e per vero le Tavole ai suoi tempi erano già materia di studio archeologico ed anche i giureconsulti conoscevano solo le poche leggi ancora in vigore (504). Pare fuori questione che Gellio abbia ricordate soltanto in parte le disposizioni relative alla *manus iniectio*, perchè in altro capitolo egli stesso cita due regole che hanno tutta l'apparenza di riferirsi alla stessa *legis actio:* ADSIDVO VINDEX ADSIDVVS ESTO · PROLETARIO IAM CIVI QVIS VOLET VINDEX ESTO (505). Si ha dunque grandemente a temere che la citazione sia incompleta e per giunta v'è caso che non sia testualmente accurata; il che rende possibili molti errori in due sensi. Con tutto ciò la natura e le applicazioni di questo procedimento si desumono con sufficiente certezza dai testi così come si trovano.

La *manus iniectio* era una procedura di esecuzione; ma contro chi? La risposta dipende dalla interpretazione delle parole AERIS CONFESSI REBVSQVE IVRE IVDICATIS. Il significato naturale di esse è: *per i debiti pecuniarii riconosciuti e per le sentenze ottenute con regolare processo di legge* (*iure*) *vi siano....* con quel che segue. L'opinione comune ritiene che *aeris confessi* siano quei convenuti i quali, quando furono tratti dinanzi al magistrato con una azione in ripetizione

---

(504) Gell. *n. a.* XVI 10, 2-8.

(505) Gell. *n. a.* XVI 10, 5. — Queste due leggi sono riferite per lo più alla prima delle XII Tavole, la quale regola la *in ius vocatio;* ma il confronto con il cap. *lxi* della *lex colon. Iul. Gen.* mostra che esse si riferiscono alla *manus iniectio.*

del denaro dovuto, hanno formalmente riconosciuto l'incontrastabile diritto dell'attore facendo quella che la più recente giurisprudenza disse *confessio in iure;* e si crede ancora che il *rebusque iure iudicatis* si riferisca alle sentenze rese dai *iudices* su rinvio del magistrato in caso di liti dibattute [506]. Ma contro questa ipotesi sta la obbiezione che essa esclude la *manus iniectio* in seguito a confessione e riconoscimento della parte quando la causa della azione è diversa dalla pretesa di restituzione di una somma in denaro [507]. La spiegazione più probabile è che ogni confessione innanzi al magistrato nello stadio iniziale della lite fosse risguardata nel periodo decemvirale come *res iure iudicata* [508]; perchè, quantunque ciò non abbia prove di-

(506) Moltissimi giuristi moderni ritengono che una sentenza richiedesse una certa somma di denaro come garanzia della *manus iniectio*. Ma se è vera la lezione generalmente seguìta di Gaio IV 48 (secondo la quale la condanna giudiziale nel sistema delle *legis actiones* era *in ipsam rem* e non nell'equivalente somma di denaro), non v'è alcuna autorità a sostegno di codesta ipotesi. [Questa lettura del passo di Gaio, che tutti ammettono richiedere qualche correzione, è stata vigorosamente combattuta dal Brini *Della condanna nella leg. act.* Archiv. Giur. 1878, XXI 212, e dal Montagnon *Sur la nature des condemnations civiles* Lione 1883 p. 6. Essi credono che Gaio realmente dicesse la condanna fin da prima essere in una somma di denaro. — Su tale questione vedi interessanti osservazioni in Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 337 *b*].

(507) Di certo, in seguito a confessione o piuttosto a non contravindicazione nella *actio sacramento in rem,* non era possibile ricorrere alla *manus iniectio* mai se l'oggetto della lite era una cosa mobile o, se si trattava di fondi e case, finchè la procedura si svolgeva sul luogo; perchè il vendicante poteva senz'altro impossessarsi dell'oggetto. [In altri termini, come il Cogliolo *l. c.* p. 339 *b* osserva, nella rivendicazione di una cosa la esecuzione era *diretta* ed ordinata dalla autorità del pretore e ciò risulta ad evidenza dal rituale stesso della *legis actio* rei vendicatoria che tende a consentire al vindicante l'*impossessamento* dell'oggetto controverso. In questi casi è impossibile un *arbitrium litis aestimandae* — che è incerto anche in altri casi (il Voigt, *XII Taf.* II 664, lo restringe al caso delle *falsae vindiciae,* ma forse esagera perchè *lis* in antico ha valore assai generale e comprende tutto l'insieme del procedimento; quindi la frase *arbitrium* LITIS *aestimandae* non si riferisce esattamente al caso delle *vindiciae* che è, come oggi si direbbe, un incidente del procedimento); infatti i giudici si limitano a determinare *in via di fatto* chi abbia ragione di reclamare per sua la cosa in questione, chi cioè debba esserne il possessore].

(508) Quale era adunque il significato dell'aforisma *confessus pro iudicato habetur?*

rette, è impossibile supporre che il riconoscimento tacito od espresso per parte del convenuto delle pretese dell'attore non fosse seguìto da un provvedimento del magistrato che doveva essere una sentenza al pari della decisione dei *centumviri* o del *iudex* su la giustezza del *sacramentum*. Sotto questo punto di vista gli *aeris confessi* delle Tavole devono essere stati qualche cosa di diverso dai *confessi in iure;* come si è già detto (§ 31) devono essere stati quelli soltanto che avevano contratto un *nexum*. Se, come credo, questo *nexum* era posto in essere non soltanto da un mutuante che imponeva al mutuatario la obbligazione con le parole *dare damnas esto,* ma anche dal mutuatario che riconosceva la esistenza del debito con le parole *dare damnas sum*, sarebbe difficile trovare un miglior esempio di *aes confessum*. Ma anche senza l'espresso riconoscimento del debitore, il tacito consenso al mutuo nei termini esposti dal creditore in presenza dei rappresentanti del popolo, costituiva un pubblico riconoscimento del debito, ed era proprio pertanto anche in tal caso l'epiteto di *aeris confessus*. Gaio, spiegando come si scioglieva *per aes et libram* (509) una obbligazione, dice che questo modo era proprio al pagamento dei debiti *per aes et libram* o *ex causa iudicati;* nel primo caso, il debitore era detto *damnatus,* nel secondo *iudicatus* o *condemnatus*. Nella sua breve descrizione della *manus iniectio* (510) limita l'applicazione di questa alle stesse due categorie dei *iudicati* e dei *damnati*. Non v'è parola altrove di (*in iure*) *confessi;* non è possibile spiegare questa ommissione se non ammettendo che questi erano risguardati come *iudicati*. Gli *aeris confessi* delle Tavole, adunque, debbono essere compresi nella categoria dei debitori che Gaio dice *damnati,* di quelli cui fu imposta una obbligazione *per aes et libram* e il *dare damnas esto;* in altre parole, dei *nexi* o debitori *ex nexo* (511).

---

(509) Gai. III 173-175.

(510) Gai. IV 21.

(511) Gaio comprende fra i *damnati* l'erede cui il testatore ha imposto un legato con le parole *dare damnas esto* (dicevasi appunto questo essere un *legatum per damnationem* Gai. II 201). Ma tale istituto era ignoto alle XII Tavole e gli *aeris confessi* quindi possono riferirsi soltanto al caso del *nexus*. — Del resto un altro argomento a sostegno della ipotesi che gli *aeris con-*

La *legis actio* pertanto poteva muoversi contro un *nexus* e contro un debitore giudicato (quest'ultimo comprende l'*in iure confessus*) soltanto dopo trenta giorni dalla scadenza nell'un caso e dalla sentenza (o confessione) nell'altro. Essa consisteva principalmente nell'arresto del debitore per opera del creditore stesso; nel suo principio almeno era un atto di privata giustizia (*self-help*). Che cosa accompagnasse o seguisse questo atto nei tempi anteriori alle XII Tavole è impossibile dire; probabilmente nulla v'era di definito e di certo in tutta codesta procedura che le nuove disposizioni intesero a mitigare e restringere. Secondo Gaio la causa dell'arresto doveva essere dichiarata dal creditore, per esempio così: QVOD TV MIHI IVDICATVS SIVE DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA QVANDOQVE NON SOLVISTI OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO (512). Il debitore per *nexum* o per sentenza, doveva quindi essere portato dinanzi al magistrato; ma non a lo stesso scopo in ambedue i casi. Trattandosi di un *aeris confessus*, come si disse già a suo luogo (§ 31), si voleva concedergli opportunità di provare con i testimoni della *nexi liberatio* che il mutuo era stato estinto o che per qualsivoglia altra ragione il debitore era stato formalmente liberato dal creditore; se non poteva giovarsi di ciò, la procedura per quanto lo concerneva era finita e il creditore poteva esercitare il suo diritto contrattuale di sostenere il debitore in carcere (513). Con un debitore giudi-

---

fessi delle XII Tavole sono quelli che hanno contratto un debito per *nexum* si ha nelle parole del capo *lxi* della *lex coloniae iuliae Genetivae* dell'a. 710 di Roma: IVDICATI IVRE MANVS INIECTIO ESTO... VINDEX ARBITRATV II.VIRI QVIVE IVRE DICVNDO PRAERIT LOCVPLES ESTO - NI VINDICEM DABIT IVDICATVMVE FACIET SECVM DVCITO · IVRE CIVILI VINCTVM HABETO. Gli *aeris confessi* delle XII Tavole non compaiono, ma non si può negare che la *manus iniectio* autorizzata dalla legge coloniale non si applicasse all'*in iure confessus;* ora se gli si applicava, ciò doveva avvenire perchè l'*in iure confessus* era sottinteso nella parola *iudicatus*. Di certo la legge taceva degli *aeris confessi* perchè questi sono i debitori *ex nexo* contro ai quali la legge poetilia aveva abolita la *manus iniectio*.

(512) Gai. IV 21.

(513) La sola fonte a cui attingiamo è Gellio e nella sua descrizione le formalità che seguono la prima comparsa dell'arrestato innanzi al magistrato (*in ius ducito*) risguardano soltanto il caso di un debitore *ex iudicato* (*iudi-*

cato la bisogna era diversa; questi pure era portato innanzi al magistrato, ma perchè al creditore fosse concessa facoltà di condurlo seco e trattenerlo provvisoriamente in casa (*domum ducere*). Tale pericolo poteva il creditore scongiurare (1) con l'immediato pagamento o con altro adempimento della sentenza, *ni iudicatum facit* (2); con l'intervento di un *vindex*(514). La posizione assunta da questo ultimo non era quella di un garante, o di un procuratore chiedente pel *iudicatus* una nuova discussione del caso, ma piuttosto quella di un litigante in suo proprio nome, in quanto che contrastava al creditore il diritto di procedere oltre nella esecuzione sul fondamento della invalidità del giudicato. Ciò portava il *vindex* a muovere una nuova azione contro il creditore ed in questa il debitore non aveva parte. Se il *vindex* perdeva, era tenuto al pagamento del doppio della somma in origine dovuta(515) come pena dell'avere ingiustamente interrotto il corso della giustizia; ma egli poteva rivalersi contro l'originario debitore il quale era stato liberato in grazia del suo intervento(516). Mancando un *vindex* e non pagando il debitore, il creditore conduceva quest'ultimo a casa sua e gli poneva, od almeno aveva diritto di porgli, le catene, il peso delle quali era limitato dalla legge a quindici libbre. Il prigioniero poteva vivere a sue

---

catus). Dicemmo nel § 31 che alcune di codeste formalità non sono possibili nel procedimento mosso contro un debitore *ex nexo* arrestato in virtù dell'*aes confessum*.

(514) *Vindex — qui in eo vim dicit* cioè *in eo vim monstrat* (SCHOELL *XII Tab. reliquiae* p. 91). Nella *lex col. iuliae Genetivae* cap. *lxi* la frase corrispondente è *in eo vim facit*.

(515) L'UNGER (nella Z. f. RG. 1868, VII 192) crede che il *vindex* soccombendo nella lite mossa contro il creditore perdesse il suo *sacramentum*, ma non fosse tenuto oltre a ciò; che il creditore potesse allora proseguire in esecuzione il debitore principale e che a quest'ultimo fosse dupplicato l'ammontare del suo debito in pena del *suo* diniego (sostenuto dal *vindex*) della validità del giudicato.

(516) Egli forse si rivaleva con la *manus iniectio pro iudicato,* sul fondamento d'aver pagato (*depensum*) per conto del debitore. Gaio sembra che attribuisca (IV 24) la introduzione di quella procedura alla *lex publilia;* ma v'è fondata ragione di credere che prima di codesta legge, la quale estese l'applicazione di questi concetti allo *sponsor,* fosse ne l'uso l'applicazione di essi al caso del *vas* del *praes* e del *vindex*. — Si vegga BEKKER *Aktionen* I 41 e più sopra § 32 in fine.

spese se così gli piaceva; in caso contrario il creditore doveva dargli ogni giorno almeno una libbra di ferro. Questa detenzione provvisoria doveva durare sessanta giorni, durante i quali non era possibile un amichevole componimento. L'ultimo mese il creditore doveva condurre il suo debitore al *comitium* per tre mercati consecutivi, e proclamare forte l'ammontare della somma per la quale era sostenuto in carcere, nella speranza che qualche compassionevole cittadino volesse offrire il prezzo del riscatto. Scorsi i tre giorni di mercato senza che il debito fosse pagato o garantito, una formale *addictio*, cioè un decreto del magistrato, aggiudicava il debitore al suo creditore (517). Il debitore, dice Gellio, *capite poenas dabat*, era venduto al di là della frontiera come schiavo; e se la sentenza in virtù della quale fu sostenuto in carcere era stata provocata da più creditori, questi potevano tagliare il debitore in pezzi e dividerselo senza pregiudizio se alcuno aveva più o meno della sua vera parte.

Tale, dice Gellio, era la legge delle XII Tavole; tale la aveva detta Quintiliano cinquant'anni prima; tale la dice Tertulliano cinquant'anni dopo (518). Non v'è però cenno di essa in Cicerone, in Livio, in Dionisio o nelle pagine degli altri storici o giureconsulti (519), quindi benchè vi siano ancora alcuni autori di molto grido, i quali come il Gibbon *prefer the literal sense of antiquity to the refinements of modern criticism* (520), la maggioranza degli scrittori

(517) Gellio (XV 1, 44) parla della autorizzazione del magistrato a che il creditore portasse in sua casa e vi incarcerasse il debitore, come se si trattasse di una *addictio*. Ma Livio costantemente si riferisce ai *iudicati* ed agli *addicti* come a due diverse categorie di persone; migliore opinione pertanto appare quella che ritiene la *addictio* essere il decreto definitivo del magistrato, quando la prigionia provvisoria del *iudicatus* non aveva condotto ad un soddisfacente accomodamento.

(518) Quint. *Inst. Orat.* III 6, 84. — Tertull. *Apolog.* 4. — Le loro parole sono vaghe; nè l'uno nè l'altro mostrano di conoscere le parole della legge; ma tutt'e due ammettono che una *sectio corporis* non è mai ricordata dalla tradizione.

(519) È però ricordata da Dione Cassio, vissuto un quarto di secolo dopo Tertulliano. Vedine i frammenti in Mai *Coll. script. vet.* II 144.

(520) Il Kohler, il quale applica la disposizione delle XII Tavole al *nexus* al *iudicatus* ed al *confessus*, a un tempo, è uno di questi. Vedi il suo

propende a credere che Gellio abbia dato alle parole delle Tavole un significato che esse non possono in alcun modo avere; così è inutile osservare che la idea di una materiale divisione del corpo del debitore è accolta da pochissimi autori. E per vero gli è cosa che non regge ad un serio esame, in quanto che i risultati ne sarebbero troppo strani. Per esempio: la pena imposta dalle XII Tavole nel furto manifesto era la schiavitù, il ladro divenendo schiavo di quegli cui ha involato i beni (521). La pena del furto non manifesto era pecuniaria, il doppio del valore della cosa sottratta (522); ora se si ammette che ogni *iudicatus*, il quale entro tre mesi non soddisfa al suo creditore, può essere messo a morte, si giunge a questo di imporre una pena molto più grave al ladro non manifesto contro cui fosse stata resa una sentenza, che al ladro colto in flagrante, — la schiavitù per il reato più grave, la morte per il reato più lieve (523). *Capite poenas dabat,* quindi non può avere per significato *incontrava la morte;* ma è anche impossibile che significasse *cadeva in schiavitù* (524). Per vero vi è ampia messe di prove che l'*addictus,* anche quando erano scorsi i due mesi della sua detenzione provvisoria, non soltanto era ancora libero *de iure,* ma non era nè pure *capite minutus* riguardo ai diritti di cittadinanza o di famiglia, e tutti i suoi beni restavano in sua proprietà (525).

Shakespeare p. 8. Non si può negare però che, con l'aiuto della giurisprudenza comparata della quale è peritissimo, egli non provi la possibilità reale di tale cosa. I resultati delle sue ricerche sono riassunti brevemente nel suo trattato *Das Recht als Culturerscheinung* Würzburg 1885 p. 17.

(521) Gell. XI 18, 8; XX 1, 7. — Gai. III 189.

(522) Gai. III 190.

(523) Quegli che era stato condannato a pagare 25 *asses* per un piccolo danno arrecato, secondo codesti scrittori, sarebbe posto nella alternativa di eseguire il giudicato o di subire la morte!

(524) *Capitis poena,* pena capitale, significa a un tempo morte schiavitù e privazione della cittadinanza; e ciò senza dubbio valse a far sì che tutti gli scrittori spiegassero con uno di codesti significati le parole delle XII Tavole *capite poenas dabat.*

(525) Vero è che Dionisio (IV 36) parla di un creditore il quale pone in carcere non solo il suo debitore ma anche due figli di lui e che allude una volta o due ad una specie di sequestro dei beni del debitore. Ma questi dati sono riferiti ad un tempo anteriore alle XII Tavole, prima cioè che i

La sola spiegazione possibile è che egli *pagasse la pena* (526) *di persona* (527) invece di *pagarla con i beni* (528). *Caput* è usato in opposizione a *bona*. Sotto l'impero delle XII Tavole, a meno che fosse venduto oltre Tevere e così fatto schiavo del suo compratore straniero, il debitore restava in una sorta di soggezione che non toglieva la sua libertà giuridica; il creditore non aveva altro diritto che di far uso nel modo per lui più opportuno dei servigi del suo debitore pur avendo facoltà di trattarlo disciplinarmente come uno schiavo. Ma per l'erroneo preconcetto che un creditore potesse dopo i tre mesi porre a morte il suo debitore — del che non v'è nè pure una prova — pare impossibile che altri voglia dare al *partis secanto* tale inumano significato, di permettere ai creditori concorrenti di tagliare in parti il corpo del loro debitore, togliendone ciascuno una porzione.

Quelli i quali credono che *capite poenas dabat* significhi *andava a morte*, non vorrebbero ammettere la conseguente interpretazione del *partis secanto;* si consolano, come Gellio, con la convinzione che questo diritto non fosse mai tradotto in fatto. Quelli per contro i quali ritengono che la prima di codeste due frasi implichi la schiavitù assoluta del debitore, vogliono che la seconda importi riconoscimento del diritto di comproprietà dei creditori su lo schiavo o su la ripartizione del prezzo ricavato dalla vendita di esso; alcuni altri poi i quali sostengono che l'*addictio* importa passaggio della *familia* del debitore al creditore, credono

---

poteri di un creditore nell'esercizio della privata esecuzione fossero stati determinati dalla legge. Il *servitium* a cui un *addictus* era obbligato, senza alcun dubbio aveva carattere di pena; ma era principio del diritto romano che la pena colpisse soltanto il colpevole. La moglie e i figli di un reo non erano mandati in esilio od in bando e nè cadevano con lui in ischiavitù pei delitti del marito o padre; e non v'è ragione o testimonianza alcuna che induca a credere essere essi trattati diversamente quando la pena consisteva nella schiavitù senza perdita della libertà o della cittadinanza.

(526) Più accuratamente « facesse ammenda » (CURTIUS *Gr. Etym.* n. 373).

(527) Questo è l'usuale significato di *caput* come nella vecchia definizione della *tutela* (Inst. I 13, 1): *vis ac potestas in capite libero.*

(528) Liv. VI 34, 2: *Fama et corpore iudicati atque addicti creditoribus satisfaciebant poenaque in vicem fidei cesserat.*

che anche questa cadesse sotto la *sectio*. Non v'è a ridire sull'uso della parola *secare* nel senso di *distribuire;* perchè anche colui il quale ha confiscato un patrimonio in massa e lo vende a lotti è detto *bonorum sector;* perchè anche Cicerone e Varrone parlano di una *sectio personae* a proposito della dispersione del suo patrimonio (529). Ma la applicazione di questa frase al caso della detenzione di un debitore non è sempre propria e rende anche più difficile la spiegazione del *si plus minusve secuerunt* (530). La difficoltà sparisce se si fa un piccolo rimaneggiamento delle disposizioni riferite da Gellio e si riconosce che pluralità di creditori può esservi soltanto nel caso di coeredi che agiscano contro un debitore del loro autore (531). Il rimaneggiamento è affatto legittimo, anzi è necessario tuttavolta che si vogliano ricostruire le parole delle XII Tavole (532).

Considerando la questione nel suo complesso si impone a me la convinzione che nel caso di un solo creditore (quando erano trascorsi i due mesi della detenzione prov-

---

(529) Cic. *Phil.* II 26, 65 e XIII 14, 30. — Varr. *de r. r.* X 4. — In simil guisa la frase *praedes vendere ius potestasque esto* della *lex malacitana* (dei tempi di Domiziano) § 64 — BRUNS *Fontes* p. 139 — può aver significato soltanto che era permessa la vendita del patrimonio di coloro i quali si erano fatti garanti e poi non avevano pagato.

(530) Uno dei primi a rifiutare la interpretazione che Gellio dà del *partis secanto* fu il dottor TAYLOR nel suo *Commentarius ad l. decemviralem de inope debitore in partis dissecando* Cambridge 1742. Egli stesso poi spiega la legge a questo modo (p. 15): *Qui uni debet uni addictus serviat; qui pluribus eius addicti partis i.e. operas, servitia, ministeria, communes illi foeneratores communiter dividunto; communis sit servus eorum qui quidem adfuerint; et sine fraude esto si ceteri toties procitati suas quoque partis in debitore non vindicaverint.*

(531) L'ipotesi è del VOIGT (*XII Tafeln*, II 361). Egli si basa su ciò che quando un debitore era *domum ductus* gli altri creditori non potevano procedere contro di lui con la *manus iniectio*. I coeredi erano in diversa condizione; perchè per una speciale legge delle XII Tavole erano autorizzati a procedere contro il debitore ereditario soltanto per la parte del debito corrispondente alla loro quota di eredità. Ma il Voigt ritiene — a torto, secondo che io credo — che essi si dividessero il debitore stesso, i membri della sua famiglia, ed i suoi beni.

(532) Gellio cita la legge così TERTIIS NVNDINIS PARTIS SECANTO; là dove immediatamente dopo le parole *tertiis nundinis* aveva il suo luogo la disposizione relativa al caso in cui vi fosse un solo creditore. Ciò dice Gellio più avanti *narrative*.

visoria senza che fosse avvenuto pagamento, profferta di *vindex*, o componimento di qualsiasi sorta) il debitore fosse definitivamente dato al creditore, in una sorta di libera servitù in virtù della *addictio* del magistrato [533]. Nel caso invece di coeredi, poichè la soggezione a tutti sarebbe stata impossibile quando essi non fossero più in comunione di beni, il debitore era venduto oltre Tevere come schiavo e il ricavo della vendita era diviso fra i creditori. Se l'uno o l'altro di essi prendeva più della sua parte non gli si imputava a colpa perchè la differenza veniva tolta poi con l'azione di divisione, *actio familiae erciscundae* [534].

Degli abusi ai quali la *manus iniectio* si prestava specialmente nel caso di un debitore *ex nexo* si è già fatto parola (§§ 20 e 31). I *nexi* erano forse più numerosi de'*iudicati* (o, più propriamente, degli *addicti*) ed in genere vittime innocenti di una sfortunata condizione di cose; perciò le sofferenze che essi sopportavano nelle mani degli inumani creditori si cattivarono spesso le simpatie e provocarono lo sdegno del popolo sì che più volte la repubblica si trovò in pericolo di uno sfacelo. Ma anche i debitori *ex iudicato* sopportavano eguali maltrattamenti; ed alcune disposizioni della *lex poetilia* (§ 31) miravano a proteggerli contro le inutili e ingiustificabili angherie usate loro dai creditori. La *manus iniectio* rimase con il possibile intervento di un *vindex*, e rimasero la *domum ductio*, la provvisoria prigionia con le catene autorizzate dalle Tavole durante la detenzione, e la formale *addictio* del debitore al suo creditore quando il ses-

---

(533) V'è campo a fantasticare quali fossero le vere parole della legge. Quintiliano (*Inst. Orat.* VII 3, 26) dice: *Addictus quem lex servire donec solverit iubet*, e nelle *Declam.* 311: *Quid enim lex dicit? addictus donec solverit serviat.* Il VOIGT, *Executionsr.* p. 88, suppone che Quintiliano si riferisca alla *lex poetilia;* e perchè non alle XII Tavole?

(534) Le ricostruzioni sono molto ipotetiche: e il KRÜGER e lo JHERING si sono di corto sbracciati a dare in proposito benevoli ammonimenti. Però con i criteri su esposti, si può ritenere che la disposizione delle Tavole sia stata a un dipresso così: TERTIIS NVNDINIS ADDICITOR · CAPITE POENAS DATO · SI PLVRES SUNT TRANS TIBERIM PEREGRE VENVM DANTO · PARTIS SECANTO · SI PLUS MINVSVE SECVERVNT SE FRAVDE ESTO.

santesimo giorno era trascorso senza accomodamento (535). Ma dopo la *addictio*, se si trattava soltanto di un debito civile, non si poteva più porre in carcere il debitore sferzarlo o incatenarlo con ceppi ai piedi; il creditore doveva trattare il suo debitore come una fonte di profitto che con l'andar del tempo diminuirà e possibilmente estinguerà il debito, e non assoggettarlo a tutte le sevizie che in via di pena volesse infliggergli. Benchè l'editto di P. Rutilio del 647 u. c. concedesse al creditore uno spediente per colpire i beni del debitore rimase la facoltà di procedere all'arresto personale; questo, si è già notato (§ 20 in fine e § 31), poteva essere evitato per legge di Giuliano con la *cessio* che il debitore volesse fare dei suoi beni al creditore; ma in mancanza di tale completa cessione, la detenzione del debitore continuò ad essere un diritto del creditore fino ai tempi di Giustiniano (536). In tempi recenti, però, non si ricorreva alla *manus iniectio* per arrestare il debitore; perchè codesta *legis actio* cadde in desuetudine con il prevalere della procedura formulare (537).

La *manus iniectio* ebbe la maggior importanza e lasciò traccia di sè nella storia appunto perchè diretta contro i debitori *ex nexo* ed *ex iudicato*. Ma anche in altri casi, per virtù di una legge speciale, poteva applicarsi; casi nei quali appariva miglior partito ricorrere ad una procedura sommaria e sbrigativa che intentare una azione nel modo ordinario. In alcuni di questi casi dicevasi *manus iniectio pro iudicato* (cioè, come se concessa da sentenza) e in altri semplicemente *manus iniectio* (*manus iniectio pura*).

---

(535) Le prove abbondano in Plauto Terenzio Cicerone Seneca Quintiliano e Gellio; così nella *lex col. Juliae Genetivae* del 710 u. c. cap. 61 (BRUNS *Fontes* p. 111) Quest' ultima legge contiene la disposizione — IVRE CIVILI VINCTVM HABETO.

(536) Vedi § 31.

(537) Gaio attribuisce la introduzione del sistema formulare (§ 71) alla legge *aebutia* sul principio del sesto secolo ed alla legge *iulia iudiciaria* dei tempi di Augusto, ma è chiaro (vedi nota 533) che la *manus iniectio* non può essere scomparsa se non dopo il 710 u. c.

Nel primo caso l'arrestato non era autorizzato a sostenere in persona un giudizio sulla causa del suo arresto e doveva quindi profferire un *vindex;* mancando questo era trattato dal creditore che lo aveva arrestato come se già avesse ottenuto sentenza contro di lui. Quegli che, essendosi fatto garante per altri con le forme della *sponsio*, aveva dovuto pagare era autorizzato da una *lex publicia* di incerta data ad agire in tal guisa contro il debitore principale se questi entro sei mesi non gli aveva reso quanto (*depensum*) pagò per lui. Questa era probabilmente una estensione al caso dello *sponsor* di ciò che stava già in facoltà del *vas* del *praes* e del *vindex* (§ 32 in fine). Gaio dice che lo stesso procedimento era consentito dalle XII Tavole in molti altri casi; e v'è fondata ragione di credere che fosse concesso al legatario contro l'erede il quale ritarda il pagamento di un legato impostogli con le parole *heres dare damnas esto* (538). Nella *manus iniectio pura* l'arrestato non era obbligato a cercarsi un *vindex* ma poteva da sè ribattere l'accusa fattagli, sotto pena però di essere tenuto del doppio se soccombeva nella difesa; tale, per esempio, era il procedimento contro un usuraio (in virtù della *lex marcia*) per costringerlo a rifondere gli interessi riscossi oltre il tasso legale o contro un legatario per indurlo a restituire (secondo la *lex furia*) tutto che avesse preso a titolo di legato in più di quanto la legge gli consentiva. — Da una certa *lex vallia*, probabilmente dell'ultima metà del sesto secolo di Roma, alla *manus iniectio pura* fu sostituita quella *pro iudicato* in tutti i casi nei quali fondamento dell'arresto non erano nè una sentenza nè un *depensum* (539).

---

(538) Gai II 201 posto in relazione con III 165 e IV 21.

(539) Su la *manus iniectio pro iudicato* e *pura*, vedi Gaio IV 22-25 e la nota 514. La *manus iniectio* per debiti contratti con *nexum* era stata abolita molto tempo prima della legge vallia. [Per tutte codeste leggi vedi GADDI *Cronol. delle leggi comiziali romane*].

§ 37.

La legis actio per pignoris capionem (540).

Nel rituale della *actio sacramenti*, quale fu descritto in un precedente paragrafo (§ 34), la *vis civilis et festucaria* era un ricordo della *vera solida vis* con la quale gli uomini risolvevano le controversie intorno alla proprietà nell'infanzia della società. La *manus iniectio* era un avanzo dei tempi ne'quali la parte lesa aveva facoltà di porre le mani su chi gli aveva arrecato un danno e di punirlo; la consetudine e la legge intervennero gradatamente a regolare le condizioni e le modalità dell'esercizio di quelle manifestazioni della privata giustizia, alle quali vuolsi aggiungere anche la *pignoris capio* perchè eguale concetto le serviva di fondamento. Questa *actio* può essere definita all'incirca con la parola moderna *sequestro;* consistendo appunto nell'impossessarsi che alcuno fa di un oggetto di proprietà altrui per soddisfarsi o garantirsi di un debito dal proprietario della cosa non pagato alla scadenza. Questa presa di possesso non procedeva da giudicato o da ordine di magistrato; poteva farsi anche in assenza del debitore; solo occorreva che fosse accompagnata da certe parole di rito, pronunciate secondo ogni probabilità in presenza di testimoni (541).

Però tale spediente non era concesso a tutti i creditori in genere; anzi era limitato a pochi casi determinati. Gaio dice che se ne potevano valere, secondo la consuetudine, i soldati quando la persona incaricata di distribuire il soldo avesse mancato al pagamento (542), ed i cavalieri per ottenere le somme loro assegnate a fine di comperare il

---

(540) Alla bibliografia che è nella n. 453 (§ 33 si aggiunga: DEGENKOLB *Die lex Hieronica* Berlin 1861 p. 95 e seg. — IHERING *Geist* I § 11 *e*. — VOIGT *XII Tafeln,* I 502 e seg.

(541) Gai. IV 29.

(542) I soldati furono pagati dal pubblico erario soltanto dall'anno 348 u. c. (Liv. IV 59).

cavallo od i foraggi [543]. Le XII Tavole autorizzano il sequestro a favore di colui che ha venduto un animale perchè altri lo offra in sacrificio, contro il compratore che non lo avesse pagato; e lo concedono anche all'agricoltore contro il vicino per la pensione di un bue da lavoro dato in locazione allo scopo di far denaro per le offerte periodiche al *Jupiter Dapalis* [544]. Anche agli esattori d'imposte (*publicani*) era concesso, nel contratto di appalto fatto con i censori, di usare dello stesso spediente contro i contribuenti morosi al pagamento delle tasse o delle prestazioni (*vectigalia*) [545]. Se in altri casi ancora fosse usata la *pignoris capio* è impossibile dire [546].

È poi difficilissimo determinare l'effetto giuridico di tale sequestro. Una osservazione di Gaio [547], a proposito della azione che nel sistema formulare fu concessa agli esattori delle tasse in luogo della *legis actio per pignoris capionem*, lascia credere che il debitore avesse diritto, entro

---

(543) Gai. IV 27.

(544) Gai. IV 28. — Cato *de r. r.* §§ 50 e 131-132. — Paul. Diac. v. *Daps* p. 68 M.

(545) Gai. IV 28.

(546) Il Bethmann-Hollweg, *Röm. CP.* I 204 n. 13, ed il Karlowa, *Röm. CP.* p. 216, credono che fosse usata anche nel caso di *damnum infectum* cioè quando altri, avendo ragione di temere danni a sè dalla casa del vicino che minacci rovina, prende il partito di entrarne in possesso e di eseguire egli stesso gli opportuni restauri. Il Bekker, *Aktionen* I 42, ed il Burckhard, *Die cautio damni infecti* (Glück-Burckard II 73 e seg.), combattono questa ipotesi. Ma essa trova conforto in alcune parole di Gaio (IV 31) il quale, dopo aver detto a proposito del *damnum infectum* che si poteva agire ancora con la *legis actio*, soggiunge che niuno si curava più di ricorrere ad essa, *sed potius stipulatione quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum; itaque et commodius ius et plenius est* [*quam*] *per pignoris* [*capionem*]. La parola *quam* manca nel mss; *pignoris* è l'ultima parola della pagina e tutto quello che segue è illeggibile. La maggior parte degli editori risguarda *est* come l'ultima parola del periodo e fa con *pignoris capionem* cominciare il nuovo paragrafo. Ma poichè l'argomento della *pignoris capio* è apparentemente esaurito nei §§ 26-29 e poichè naturalmente si attende un'indicazione su la speciale procedura che fu tolta di mezzo per convenienza e larghezza di applicazione dalla stipulazione pretoria pare migliore opinione ritenere che l'ammanuense obbliò la lettera *q* — sigla consueta di *quam* — e che il passo doveva leggersi come si è detto.

(547) Gai. IV 32.

un periodo limitato di tempo a redimere la sua proprietà dal sequestrante; e codesto periodo di tempo pare fosse di due mesi, come per il più recente *pignus in causa iudicati captum* (548). Se il debito era riconosciuto, è facile capire che il debitore poteva abbandonare la cosa sequestrata al creditore purchè il valore di essa non eccedesse di troppo l'ammontare del debito, o domandarne la restituzione di fronte al pagamento della somma dovuta con qualche piccola aggiunta in denaro a titolo di ammenda. È chiaro poi che prolungare nel debitore, oltre ai due mesi, il diritto a redimere la cosa, varrebbe in molti casi a frustrare lo scopo del sequestro; per vero un contadino che doveva fare le sue offerte al Giove Dapale non poteva aspettare e il soldato si sarebbe trovato grandemente imbarazzato non potendo per lungo tempo convertire in denaro il *pignus* preso. Non è però impossibile che, anche quando il debito non era contestato, la facoltà di redimere l'oggetto fosse in alcuni casi più limitata che in altri. — Ma che cosa avveniva quando la esistenza del debito era in tutto o in parte impugnata? Senza dubbio in tali casi la legittimità del sequestro poteva essere discussa con regolare processo giudiziario; altrimenti la *pignoris capio* sarebbe divenuta un mezzo per commettere rapine e furti. Vi è però molta oscurità sui particolari del procedimento. Lo Ihering, su l'autorità di alcune frasi di Cicerone (549), ritiene che il sequestrante non potesse vendere il *pignus* od appropriarselo in modo definitivo senza l'intervento del magistrato, fosse o no contestato il debito e che in ogni caso fosse obbligato ad instituire un procedimento regolare nel quale, assunta la parte di attore, giustificasse il fatto sequestro. La idea è ingegnosa e mostra la *pignoris capio* sotto un nuovo ed interessante aspetto; egli ne fa così, come la *sacramentum* e (in molti casi) la *manus iniectio*, un mezzo sommario per risolvere le questioni di diritto quando non era aperto alcun processo per definirle giudizialmente; con

(548) Dig. XLII 1, 31.
(549) Cic. *Verr.* II 3, 11, 27.

questo vantaggio conseguente, che assicurava la immediata soddisfazione del sequestrante nel caso eventuale che la lite fosse decisa in suo favore. In caso contrario, resultato inevitabile, nella sostanza almeno, deve essere una sentenza la quale dichiari che egli non ha diritto a ritenere il pegno e che, probabilmente, deve pagare al proprietario una somma eguale al valore dell'oggetto oppignorato come pena della sua precipitazione (550).

§ 38.

Altri procedimenti.

Benchè grande fosse la competenza delle *legis actiones*, queste, è ovvio, non escludevano altri procedimenti giudiziari o quasi giudiziari. Il supremo magistrato, allora come oggi, era chiamato a conoscere delle cause promosse con privata istanza o querela, nelle quali occorreva non tanto proteggere un diritto di proprietà sostenuto o preteso, quanto tutelare il pubblico ordine e prevenire l'eventualità o togliere la persistenza di uno stato di cose che fosse per avventura dannoso agli interessi di una famiglia o di un individuo. La parte contro cui altri sporse querela non era citata (*in ius vocata*) direttamente dal querelante, ma di regola dal magistrato, se la questione appariva di qualche momento. Il procedimento in tal caso non era come nelle azioni ordinarie diviso *in iure* ed *in iudicio*, ma consisteva in una inchiesta (*cognitio*) fatta dal principio alla fine dal magistrato in persona; i resultati di

---

(550) Questo era consono allo spirito dell'antico sistema che colpiva le liti temerarie e disoneste con pene quali la confisca della *summa sacramenti* ed il raddoppiamento del valore della proprietà non riconosciuta o dei profitti della cosa altrui non resi, nella procedura *per sacramentum;* raddoppiamento del valore della causa quando la sentenza era data contro il convenuto per una obbligazione derivante da *lex mancipii* o *lex nexi;* raddoppiamento contro il *vindex* il quale nella *manus iniectio* fosse inutilmente intervenuto a pro' di un debitore giudicato; raddoppiamento contro l' erede che rifiutasse senza giusto motivo di pagare un legato impostogli *per damnationem* (Gai. II 282), ecc.

tale inchiesta, a meno che non inducessero il magistrato a respingere la istanza o la querela, davano luogo ad un comando (*decretum, interdictum*) che aveva coazione, secondo che al magistrato pareva, nella *manu militari*, nelle multe, o nella carcere.

Alcuni autori sono propensi ad allargare grandemente il campo dell'intervento del magistrato. Vuolsi rammentare come uno dei casi più importanti l'intervento nelle dispute sorte intorno all'occupazione delle pubbliche terre; queste non potevano cedere in proprietà degli occupanti (p. 95), quindi non era possibile muovere l'azione fondata sul diritto di proprietà. Però, poichè l'occupazione dei terreni pubblici era non solo riconosciuta ma anche sanzionata dallo Stato, appariva giusto e necessario, nell'interesse dell'ordine pubblico, proteggere i possessori contro ogni violenza. Nei provvedimenti del magistrato che tendevano appunto a difendere quelli che godevano l'*ager publicus* il Niebuhr ravvisa la origine del famoso interdetto *uti possidetis*, e gli scrittori, benchè non sappiano determinare se il magistrato la prima volta intervenisse a proteggere il diritto come tale o a prevenire o punire la violazione della pubblica quiete, sono in ciò quasi tutti d'accordo con lo storico tedesco. Può darsi che in origine la procedura fosse più semplice di quella descritta da Gaio [551]; ma non si può negare che essa non cominciasse con un divieto del magistrato di disturbare lo *statu quo*, divieto seguito da un'inchiesta allo scopo di determinare quale delle parti avesse il legittimo possesso, e se l'una in conseguenza, persistendo nelle molestie, contravvenisse all'interdetto.

Un altro caso dell'intervento del magistrato si ha nella interdizione del prodigo (p. 135), la quale si effettuava con un decreto onde era tolta l'amministrazione dei beni a colui che disperdeva il patrimonio della famiglia e riduceva in povertà i figli [552].

---

(551) Gai. IV 160 e 166-170; vedi § 73.

(552) Ulpiano (in Dig. XXVII 10, 1 pr.) dice che tale interdizione era autorizzata dalle XII Tavole; Paolo (*Sent.* III 42, 7) l'attribuisce invece alla consuetudine (*mores*); l'uno e l'altro forse ha ragione; inquantochè vi fosse

Terzo caso è quello della remozione del tutore dall'ufficio suo per negligenza o mala amministrazione; i demeriti del tutore erano portati a conoscenza del magistrato da qualunque cittadino con la così detta *postulatio suspecti tutoris* (p. 134).

Per ultimo si ha il caso del creditore immesso con decreto di magistrato nel possesso dei beni di un debitore insolvente; questo caso deve essere stato nell'uso generale anche prima che l'editto Rutiliano regolasse la materia dei fallimenti (§ 31).

Questi casi si debbono risguardare soltanto come esempi dell'intervento diretto del magistrato, intervento che aveva luogo in variatissimi altri modi e circostanze; infatti non pare cosa troppo avventata affermare che gli interdetti, in uso anticamente benchè la classificazione loro appartenga ad epoca molto più recente, erano non soltanto i proibitori, ma altresì molti esibitori e restitutori, cioè a dire tali che obbligavano la parta querelata a produrre od a restituire l'oggetto a cui il querelante aveva interesse (553). È agevole vedere come questa procedura potesse essere largamente utilizzata a comporre le liti fra le persone le quali per mancanza di un perfetto titolo, per il silenzio della legge, o per altra consimile ragione non potevano valersi delle usuali *legis actiones*.

In una delle leggi valerie orazie che seguirono la seconda secessione dei plebei, è menzione di dieci giudici (*iudices decemviri*) le persone dei quali furono dichiarate inviolabili come quelle dei tribuni del popolo e degli edili plebei. Questi, si disse (§ 15 in fine e § 17), erano un corpo di giudici eletti per giudicare delle cause loro rinviate da un tribuno o da un edile quando questi agivano con qualità di *ius dicentes* nelle cause sorte fra plebei (554). Mancano particolari su la origine di questo tribunale plebeo, su la

---

l'uso consuetudinario di essa anche prima delle XII Tavole le quali la sanzionarono con questo cangiamento (Ulp. *Frag.* XII 2) che il prodigo interdetto dovesse essere nella tutela dei suoi aguati.

(553) Gai. IV 140 e 142.

(554) Vedi SCHWEGLER *Röm Gesch.* II 270. — HARTMANN *Der Ordo iudic privator.* Göttingen 1859 p. 87 e seg. — HUSCHKE *Das Alte Röm. Jahr* p. 301

sua competenza, su le forme procedurali, su le leggi applicate da esso, e su gli effetti dei giudicati. I tribuni non essendo investiti dell'*imperium* giurisdizionale più che di quello militare naturalmente non erano ammessi a dirigere l'andamento della *legis actio*.

Si capisce come (prima che le XII Tavole fossero promulgate, ma dopo che alla *plebs* fu riconosciuto carattere quasi di corporazione con proprii ufficiali e proprie assemblee) i plebei fossero indotti dalla incertezza del diritto e dagli arbitrii dei magistrati e giudici patrizii ad investire il loro capo di poteri giurisdizionali e ad eleggere alcuni di loro che fungessero da *iudices*, in tal guisa ovviando ad uno degli inconvenienti che più lamentavano. I tribuni non erano legati da regole rigorose nel formulare le questioni che i giudici (i quali secondo ogni probabilità agivano singolarmente e non collegialmente) esaminavano alla stregua di una libertà ed equità non inceppata da consuetudini restrittive. Ma dopo la promulgazione delle XII Tavole, le quali stabilivano un diritto scritto applicabile a tutti i cittadini indistintamente, non è più così agevole spiegare perchè si mantenesse codesto tribunale plebeo. Anzitutto è incerto se i membri di esso giudicassero ancora delle cause loro rinviate dal tribuno o dall'edile ovvero continuando ad essere eletti annualmente formassero ora un *ordo* indipendente dai tribuni e dagli edili perchè il supremo magistrato (console o pretore) potesse scegliere fra di essi un *iudex* quando i litiganti erano ambedue plebei e domandavano un giudice plebeo. Qualunque di queste due ipotesi meriti la preferenza, è ragionevol cosa ritenere, mancando nelle fonti ogni altro accenno a questi decemviri, che tale istituzione non sopravvivesse a lungo; la eguaglianza degli ordinamenti sociali e politici tolse a lei ogni *raison d'être* (555).

---

n. 266. — VOIGT *XII Tafeln* I 634. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* pag. 305 *h*].

(555) L'HARTMANN (*Ordo* p. 109) attribuisce la decadenza di questo tribunale plebeo al fatto che la *lex hortensia* del 468 fece le *nundinae* giorni legittimi per la amministrazione della giustizia (*dies fasti*) e così rese possibile ai contadini venuti in città a cagione del mercato, di portare le loro

Fra quelli che esercitano funzioni giudiziarie o quasi giudiziarie, vogliono essere ricordati i pontefici, i consoli, i censori (*magistri morum*), i capi delle *gentes* nell'interno delle corporazioni gentilicie, ed i capi delle famiglie nell'interno delle domestiche aziende.

La giurisdizione dei pontefici [556] fu grandemente limitata dalle XII Tavole ma non disparve completamente; lo attesta il famoso caso di Cicerone per cui pronunciò innanzi ad essi la orazione *pro domo sua* della quale era tanto superbo. Nell'epoca regia, quando la violazione della legge portava quasi sempre alla pena della *consecratio capitis* e quando la procedura *per sacramentum* era nelle loro mani, i pontefici debbono avere avuto doveri giudiziarii assai gravosi. Ma anche dopo che tutte le cause furono devolute a giudici laici ed il *sacer esto* sparì quasi completamente dalle sanzioni delle leggi penali, v'erano alcune materie su le quali esplicavasi ancora la loro funzione giudiziaria. Così il *pontifex maximus* esercitava la giurisdizione e la disciplina su le vestali e i flamini; così i pontefici (benchè forse, in virtù della precisa disposizione delle Tavole VTI LEGASSIT... ITA IVS ESTO, più non fossero chiamati a decidere, per riferirne ai comizii, se le disposizioni testamentarie di un cittadino erano tali che la religione e la legge potessero confermare) assistettero ancora per lungo tempo alle arrogazioni, perchè si ritenne che la cerimonia non potesse aver principio se essi non avevano esaminati i fatti (*cognitio*), se non avevano riassunte le loro indagini in una sentenza (*decretum*), e se infine non avevano distolto l'*adrogatus* dal culto della casa paterna (*alienatio sacrorum*). Inoltre i pontefici determinavano

---

cause dinnanzi al pretore. — Come si è detto in un precedente paragrafo (§ 15) non vi sono dati sufficienti per identificare i *iudices decemviri* plebei con i *decemviri litibus iudicandis* preposti, secondo che dice Pomponio (in Dig. I 2, 2, 29), al tribunale centumvirale prima del sesto secolo della città.

(556) HÜLLMANN *Jus pontificum der Römer* Bonn 1837. — CAUVET *Le droit pontifical chez les anciens Romains* Caen 1869. — BOUCHÉ-LECLERQ *Le pontifes de l'ancienne Rome* Paris 1871. — MARQUARDT *Röm. Staatsverwalt.* III 290 e seg.

quali erano gli impedimenti al matrimonio, giudicavano delle contravvenzioni all'*annus luctus*, e non solo compievano tutte le cerimonie della diffarreazione ma anche deliberavano della sua legalità. Essi soli determinavano quali terre o case e quali mobili fossero esclusi dal commercio perchè sacri o religiosi. Vi fu anzi chi sostenne che essendo incaricati della cognizione dei giuramenti falsi o non adempiuti, i pontefici realmente esercitavano una giurisdizione in materia di violazione di contratti o inadempimento delle obbligazioni, e per vero è probabilissimo che in antico fosse di loro competenza l'imporre pene per l'inadempimento di un giuramento promissorio; ma sotto la libera repubblica l'azione dei consoli e dei censori incaricati della pubblica morale (557) e le incapacità politiche e sociali e le pene pecuniarie con cui essi colpivano le persone colpevoli di spergiuro o di frode, costringevano a mantenere i presi impegni più che nol facesse l'intervento dei pontefici. Nella stessa guisa l'esercizio di molti diritti era controllato e conservato entro giusti limiti quando l'abuso di esso esercizio non poteva essere respinto con una regolare azione, come per esempio il potere del marito su la moglie, del padre su i figli. Non è chiaro però come il *patresfamilias* potesse essere chiamato a render conto della sua condotta entro la casa; nell'esercizio della disciplina domestica aveva obbligo di osservare le forme di un regolare procedimento giudiziario.

Perchè anche il *paterfamilias* era giudice, *iudex domesticus* come qualche volta è detto (558); nei casi gravi egli doveva sentire il parere dei suoi congiunti riuniti in consiglio di famiglia (559). Fra i suoi doveri eravi quello di

---

(557) Iarcke *Darstellung des censorischen Strafrechts d. Römer* Bonn 1824. — Karlowa *Röm. RG.* pag. 236 e seg.

(558) Vedi § 9.

(559) L'a. 447 u. c. i censori rimossero L. Annio dal Senato perchè aveva fatto divorzio con la moglie senza sottoporre il caso al *consilium* (Val. Max. II 9. 2). — Non v'è esempio dell'intervento dei censori in casi d'abuso della *patria potestas*; ma non è a dubitare che gli interessi dei figli fossero meno tutelati di quelli della moglie.

sorvegliare la sua famiglia, e se ad esso mancava, rischiava di essere colpito da una nota censoria. Che anche la *gens*, nel caso di un patrizio, avesse una specie di sorveglianza su i *patresfamilias* e facoltà di chiamarli a rendere conto del loro operato è quanto mai probabile; così era, dal più al meno, di ogni corporazione su i proprii membri; ma nè gli storici nè i giuristi ci hanno lasciato in materia alcuna precisa notizia (560).

Fra i cittadini e i forestieri con i quali Roma fosse alleata per un trattato che conferisse reciprocamente diritto di agire (*actio*), il procedimento aveva la forma nota sotto il nome *recuperatio* (561). Gli stranieri non potevano aver parte nella *legis actio*, nè poteva un cittadino romano in territorio straniero reclamare il beneficio delle leggi e della procedura del luogo di dimora. Ma quando era reciprocamente fra i due Stati ammesso il *commercium* (§ 25), le controversie sorte a proposito delle transazioni commerciali richiedevano un tribunale competente; a ciò appunto si provvedeva nei trattati concedendo mutuamente il *commercium* a un tempo e la *recuperatio*.

Questa era una procedura internazionale, in certo modo condotta a somiglianza della *clarigatio* dei feziali, dalla quale anzi derivava alcune delle sue formule tecniche. Nel trattato Cassiano del 262 u. c. (senza dubbio tale era la pratica universale, espressa o tacita) fu stabilito che si sarebbe provveduto secondo il *forum contractus*. È opinione comune che tale procedimento si iniziasse con la così detta *condictio*, formale e pubblica richiesta fatta dall'attore al convenuto, perchè questi entro il trentesimo

---

(560) Livio (VI 20, 13 e 14) parla di una *nota gentilicia*; ma egli si riferisce in fatto al decreto della *gens Manlia* che vietò a chiunque suo gentile di portare il prenome *Marcus*. Vedi VOIGT *XII Tafeln*, II § 170.

(561) Vedi *supra* § 25, e Fest. v. *reciperatio* p. 274 M. — PH. E. HUSCHKE *De recuperatoribus* in I. H. HUSCHKE *Analecta Litteraria* Leipzig 1826 p. 208. — COLMANN *De Romanor. iud. recuperatorio* Berlin 1835. — CARL SELL *Die recuperatio der Römer* Brunswick 1837. — HUSCHKE (recens. Sell.) in Richter's Krit. Jahrb. 1837, I 898-911. — VOIGT *Jus naturale* II §§ 28-32. — KARLOWA *Röm CP*. p. 218-230.

giorno al più comparisse innanzi al competente magistrato dello Stato in cui il processo aveva origine; ciò allo scopo di formulare la materia della questione e di avere la nomina dei recuperatori per il giudizio se nel frattempo non avveniva alcun amichevole componimento. La determinazione del punto controverso, nel trentesimo giorno (*dies condictus*), era opera del magistrato; egli ascoltava quello che le parti dicevano nell'accusa e nella difesa, e costringeva in una breve formula i punti di fatto e di diritto che dal racconto delle parti emergevano, autorizzando i recuperatori a ricercare la verità delle cose asserite dall'attore o dal convenuto secondo le circostanze. I recuperatori erano alcune volte tre, altre cinque, per lo più in numero maggiore ma sempre in numero dispari; se ambedue le parti dovessero avere giudici di loro nazione non è detto dalle fonti. Il giorno fissato per l'ulteriore procedimento, di regola il terzo, dicevasi *status dies*. Così imperiosa era la presenza delle parti in codesti giorni nel tribunale recuperatorio che in Roma lo *status condictusve dies cum hoste* era valida scusa a giustificare l'assenza di alcuno dal procedimento della *legis actio*, e autorizzava perfino un soldato a non figurare ne' ranghi (562). Essendo quasi sempre importanti tali cause, i recuperatori erano invitati a dare la loro sentenza entro dieci giorni. Come poi avesse esecuzione il giudicato, quando era favorevole all'attore, non è ben chiaro; il Voigt (563), basandosi su alcune parole di Festo (564) crede che per mezzo di una specie di *pignoris capio*.

---

(562) Per l'ordine in cui si trovano le due parole in varii passi di scrittori non giuristi, il Karlowa crede — contro la interpretazione comunemente data alle definizioni dello *Status dies* in Fest v. *Status* p. 314 M e Macrob. *Sat.* I 16, 14 — che questo fosse il primo termine di comparizione innanzi al magistrato; che la *condictio* fosse fatta in sua presenza; che il *condictus dies* non fosse il trentesimo giorno dopo la *condictio*, ma quando le circostanze lo richiedevano potesse anche essere il giorno successivo; e che il procedimento innanzi ai *recuperatores* fosse sempre conveniente per tutte le parti, inquantochè aveva termine entro dieci giorni.

(563) *Jus natur.* II 195.

(564) Fest. v. *nancitor* p. 166 M.: *In foedere Latino* SI QVID PIGNORIS NASCISCITVR SIBI HABETO.

Questo tribunale recuperatorio ebbe poi competenza, in alcuni casi, anche quando ambedue i litiganti erano cittadini. Vi sono di ciò numerose prove in Cicerone; ed è degno di nota che il maggior numero delle azioni puramente pretorie *ex delicto* rinviava non ad un *iudex* ma a recuperatori; ciò forse per la relativa brevità della procedura.

CAPO V.

La stipulatio e la legis actio per condictionem.

§ 39.

Origine della stipulazione (565).

Pochi avvenimenti nella storia del diritto privato ebbero un seguito di effetti importanti come la introduzione della stipulazione; questa esercitò una profonda influenza sul diritto delle obbligazioni, perchè permise di creare una obbligazione unilaterale che in progresso di tempo si adattò ad ogni impegno che alcuno volesse assumere a favore altrui. Mediante l'uso di certe parole di rito, sotto forma di domanda e risposta, ogni patto poteva essere vestito di forma legittima, vincolando non solo moralmente ma anche legalmente le parti; cosicchè quello che prima non aveva altra garanzia all'infuori della onestà del contraente, era posto ora direttamente sotto la sanzione dei tribunali. La stipulazione divenne il complemento giuridico delle convenzioni che senza di essa sarebbero state soltanto di buona fede; come quando un venditore garantiva mediante stipulazione al compratore il pacifico possesso della cosa venduta o la sua libertà da difetti, ed il compratore a sua volta prometteva il pagamento del prezzo. La domanda

---

(565) Bibliografia: LIEBE *Die stipulation u. das einfache Versprechen* Braunswick 1840. — SCHMIDT (rec. Liebe) in Richter's Krit. jahrb. V 869 e seg.; 961 e seg. — GNEIST *Die formellen Verträge d. Röm Rechts* Berlin 1845 p. 113 e seg. — HEIMBACH *Die Lehre vom Creditum* Leipzig 1849. — DANZ *Der sacrale Schutz im Röm Rechte* Jena 1857 p. 102-142, 236 e seg. — SCHLESINGER *Zur Lehre von den Formalcontracten* Leipzig 1858 § 2. — VOIGT *Jus naturale etc. d. Röm.* II § 33; IV beilage 19. — GIRTANNER *Die stipulation* Kiel 1859. — BEKKER *Aktionen* I 382-401. — KARSTEN *Die stipulation* Rostock 1878. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 78 *o;* 169 *u;* 259 *l*].

e la risposta si richiedevano nella forma fissata dalla legge perchè l'incontro delle volontà fosse chiaro e certo; di qui il nome generico del contratto perchè la definizione di Paolo, che deriva *stipulatio* da *stipulum*, fermo, deve essere preferita alla più antica e più fantastica etimologia da *stips* o *stipula* (566). Alla stipulazione i giureconsulti rannodano la maggior parte delle loro disquisizioni sulla dottrina generale del diritto contrattuale, — capacità delle parti, consenso, conseguenze della frode dell'errore o della violenza, effetti delle condizioni e dei termini e così via dicendo. Si può pertanto a buon diritto dire che il sorgere della stipulazione fa epoca nella storia del diritto.

Non v'è certezza intorno al tempo ed al modo della sua introduzione; per quanto appare, non era conosciuta all'epoca della compilazione delle XII Tavole (salvo forse nell'uso comune); una prima allusione abbastanza chiara è nella legge Aquilia del 467 u. c. (567), la quale ricorda la stipulazione in una fase dello suo sviluppo che la rivela prossima al tempo in cui venne in uso; pertanto è probabile che la sua introduzione non risalga oltre la metà del quinto secolo. Da prima portò il nome di *sponsio* non quello di *stipulatio;* e ciò perchè la domanda della parte che si obbligava era invariabilmente formulata con la parola *spondes* (per esempio: *centum dare spondes?*), e la risposta era semplicemente *spondeo*. Si sono escogitate molte ipotesi per spiegare il perchè dell'uso di codeste parole (568); la critica moderna ha in proposito tre teorie: — 1) che fossero un avanzo della *nuncupatio* del *nexum* sopravvissuta all'atto *per aes et libram;* — 2) che rappresentassero un'evoluzione del giuramento all'*ara maxima* di Ercole ed alla *fides* (p. 55 n. 116 e 56 n. 119); — 3) che fossero importate dal Lazio, il quale a sua volta le avrebbe tolte da qualche colonia greca del mezzogiorno d'Italia. Questa ultima opinione è la più probabile. Verrio Flacco, citato da Festo, collega infatti codeste parole con il greco σπένδειν e

(566) *Stipulum,* Paul. *Sent.* III 15. pr. — *Stips,* Fest. v. *Stipem* p. 297 e 313 M. — Varr. *de l. l.* V 182. — *Stipula,* Isid. *Orig.* V 24, 30.

(567) Gai III 215. La data è assolutamente incerta.

(568) Fest. v. *spondere* p. 329 o 343 M. — Varro *de l. l.* VI 69-72.

σποιδή: e Gaio, per incidenza, osserva che la parola ritenevasi di greca origine (569). Omero ed Erodoto (σπονδή) ricordano frequentemente la libazione che accompagnava i trattati ed altre solenni convenzioni; consisteva in una offerta agli dêi fatta dalle parti per dare carattere di santità all'atto. Il Leist (570) ritiene che l'uso ne passasse in Sicilia e nella Italia inferiore, e che man mano la libazione e le altre formalità religiose fossero abbandonate, rimanendo solo la parola σπονδή a significare l'impegno assunto dalle parti come se l'antico rituale fosse stato osservato; e che giungesse così nel Lazio e quindi in Roma sotto nome di *sponsio* ove servì al diritto pubblico per la conchiusione dei trattati, ed al diritto privato per la conchiusione dei contratti. Lo *spondes* pertanto, come domanda fatta dal creditore al debitore, significò (senza che i contraenti lo avvertissero, come è facile credere di epoca recente): « Vuoi tu impegnarti solenne- « mente come se l'antico cerimoniale fosse stato usato da « noi? » Vi sono molti esempi di analoghe semplificazioni di termini; nessuna è più famigliare della formula: « Te « lo giuro » la quale fa a meno oggi, ma oggi soltanto, di solennità speciali.

È degno di nota che mentre l'idea ne era venuta di fuori, l'uso delle parole *spondes* e *spondeo* nel far contratti, almeno fino ai tempi di Gaio, fu ristretto ai cittadini romani in Roma (571); la *sponsio* come forma di contratto era essenzialmente *iuris civilis;* così le più recenti e meno solenni forme di stipulazione, *promittisne? promitto, dabisne? dabo* e simili. Gaio ne parla come di forme *iuris gentium,* cioè valide ed efficaci tra romani e pe-

---

(569) Gai. III 93.

(570) Leist *Graeco-ital. Rechtsg.* p. 465-470. — Sullo *sponsionis vinculum* internazionale vedi Liv. IX 9.

(571) Gai. III 93, 119, 179. — Qualcuno disse (sulla autorità di Gaio III 120; IV 113) che l'erede di uno *sponsor* (così dicevasi il debitore) non era responsabile degli impegni assunti dal suo autore. Era questo un principio generale ai tempi di Gaio? o si limitava al caso in cui lo *sponsor* fosse tale per ragion di garanzia? In altri termini, l'obbligazione non si trasmetteva passivamente per la natura sua sostanziale o per la forma?

regrini; ma debbono essere divenute tali soltanto verso la fine della repubblica. Benchè *iuris civilis* tanto la *sponsio* quanto le altre forme erano fin da principio libere da molti degli impedimenti dei più antichi *actus legitimi*. Non si richiedeva l'assistenza di testimoni e potevansi imporre tutte le condizioni e i termini che alle parti piacessero. Passerà molto tempo però prima che le parti abbiano ogni larghezza anche nella scelta della parola; lo *spondeo* era così peculiarmente richiesto alla solennità del contratto che non si ammetteva alcun equivalente ed anche le altre formule si conservarono a lungo immutate sotto l'impero. Ciò perchè il contratto toglieva vita dall'uso appunto di quelle parole di rito; esso era formale e non materiale; cioè a dire, l'azione sorgeva dalla promessa espressa da codesta parola, senza riguardo alla controprestazione dell'altra parte. Più tardi questo grave inconveniente fu rimosso con la introduzione di parole che escludevano l'azione in caso di frode, ad esempio, antecedente o susseguente da parte del creditore (*clausula doli*) e con eccezioni pretorie, quali la *exceptio non numeratae pecuniae* (572).

§ 40.

Le leggi silia e calpurnia.

Il Bekker è, credo, il solo scrittore di grido il quale ritenga che le stipulazioni fossero in uso prima delle XII Tavole e che potessero farsi valere con l'*actio sacra-*

---

(572) [Io non so convenire con l'A. in questa sua teoria della *introdusione* della stipulatio; tutto tende a dimostrare che essa fosse una forma indigena e non importata e se ne segue abbastanza bene la traccia nella storia del diritto romano. In greco si trova la parola σπονδὴ ma ciò non significa che la *sponsio* sia derivata dalla Grecia, perchè la parola latina non è una traduzione del vocabolo ellenico; l'una e l'altra voce ha subìto una evoluzione indipendente benchè siano uscite ambedue da una radice comune; l'umbro infatti conserva un participio *spefa* (*mefa spefa* — *mensa spensa*) che rivela l'esistenza nelle lingue italiche dell'originaria forma *spendo* (σπένδω) che

menti (573). Gli altri scrittori si accordano tutti nel ritenere che alle stipulazioni, siano esse più antiche o no, fosse concessa azione e quindi giuridica efficacia dalla *lex silia.* Gaio parla di questa come se avesse introdotta la *legis actio per condictionem* allo scopo di consentire la prosecuzione giudiziaria del pagamento di una determinata somma di denaro (574). La data della legge è controversa (575), e Gaio nota che l'oggetto di essa era tutt'altro che chiaro non essendovi alcuna difficoltà nel ripetere il denaro sia con l'azione *per sacramentum* sia con la *per iudicis postulationem;* e pone in rilievo il fatto che il denaro dovuto per virtù di *nexum* non si esigeva con alcuno di codesti procedimenti ma con la sommaria *manus iniectio* (§ 31).

---

si è perduta nel latino e che è immediatamente vicina alla radice scr. *spand,* versare, spandere. — Non è difficile rintracciare l'origine della *sponsio* in Roma stessa, purchè si ricordino le particolarità di cui ci hanno conservato memoria Festo Dionisio e Varrone; si ricordi cioè che i Romani ogni dieci giorni si recavano innanzi all'ara massima di Ercole (l'Ercole italico, preposto ai confini dei campi e ai contratti, il *semo sancus dius fidius* su cui vedi le note 11 § 4 e 40 § 8) ove le famiglie dei Potitii e dei Pinarii per tradizione aristocratica servivano i sacrificii, ed ivi a capo scoperto con una selce fra le mani giuravano di osservare i patti stabiliti in precedenza. Questo giuramento era preceduto o seguìto dalla *mensa spensa,* cioè la parte che giurava doveva versare la libazione sull'ara; non è improbabile che a ciò fare fosse invitata dall'altro contraente onde lo *spondes?-spondeo.* Quest'uso è antichissimo in Roma; i Romani lo ebbero comune con i Greci perchè risale sino ai tempi che precedono la divisione degli altri ariani dal gruppo greco-italico; lo stesso rito lo si ritrova infatti nell' India. È logico ritenere che questo uso religioso perdesse molte formalità e si secolarizzasse riuscendo a formare quella che in epoca recente si disse *stipulatio.* Per tutto ciò vedi MICH. BRÉAL *Melanges de Mythologie* Paris Hachette 1878 p. 43 e seg. e PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 169 *u.* Giova osservare che il nome *stipulatio* si trova usato con accezione di *firmum* nelle tavole eugubine. — Su i testimoni nella *stipulatio* vedi COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 141].

(573) BEKKER *Aktionen* I 146 e seg.

(574) Gai. IV 19.

(575) Il Voigt la pone tra gli anni 325 e 329 u. c.; lo Jhering la ascrive alla prima metà del quinto secolo; l'Huschke e il Rudorff al principio del sesto. Ma il fatto che la stipulazione è ricordata nella legge aquilia del 467 come contratto già ben sviluppato fa sì che appaia impossibile porla nel sesto secolo.

Ora la legge petilia del 428 dichiarò illegittimo l'uso di questo rito in tali casi; pertanto io sono propenso a credere che la *lex silia* e la procedura che essa autorizzò siano un effetto di tale cangiamento. Togliendo ai creditori di denari mutuati facoltà di valersi della *actio sacramento* e della *per iudicis postulationem* si giungeva a togliere loro i vantaggi della *manus iniectio* in misura maggiore del necessario. Era giusto e conveniente nell'interesse della umanità che un creditore non avesse più oltre facoltà di ridurre il suo debitore nella condizione (*de facto*) di schiavo; ma non vi era alcuna buona ragione per concedere al debitore un mezzo di impugnare la propria obbligazione senza incontrare alcuna pena in caso di insuccesso (576). Pertanto la legge silia dispose che, quando altri poneva in dubbio di dovere la così detta *pecunia certa credita* e forzava il creditore ad intentare una lite, questi fosse autorizzato a richiedere dal suo avversario promessa di pagare in via di pena un terzo più della somma dovuta, quando la sentenza fosse resa contro di lui e che il preteso creditore dovesse del pari assumere l'obbligo di pagare a titolo di pena la stessa somma in caso di un giudicato favorevole al presunto debitore (577).

Questi impegni (*sponsio et restipulatio tertiae partis*) non erano ammessi in tutti i casi nei quali una somma determinata di denaro era richiesta *per condictionem*, ma soltanto quando era tecnicamente detta *pecunia credita*. Ai tempi di Cicerone (578) il *creditum* poteva sorgere da mutuo da stipulazione o da contratto letterale (*expensilatio*, § 53); ma quest'ultimo data al più dal principio del sesto secolo, e la stipulazione è un prodotto della legge silia stessa; pertanto la *pecunia credita* di questa legge può riferirsi soltanto al denaro mutuato. La stessa frase, secondo Livio, era usata nella legge petilia la quale, come egli dice, disponeva che i beni, non la persona del creditore dovessero

(576) Il *sacramentum* era una pena in certo senso; ma la parte vittoriosa nulla guadagnava cadendo il *sacramentum* della parte soccombente in pubblico uso (§ 34 in princ.).

(577) Gai. IV 13, 171 — 172, 180.

(578) Cic. *pro Ros. Com.* IV 13; V 14.

rispondere della *pecunia credita* (579). Una certa connessione, pertanto, fra la legge petilia e la abolizione del *nexum* da una parte, e la legge silia e la introduzione della *legis actio per condictionem* dall'altra, non può non riconoscersi; ne consegue che quest'ultima legge è da ritenersi come una conseguenza della prima e deve essere stata rogata nello stesso anno 428 o poco dopo. La si può pertanto risguardare non solo come una legge introduttiva di nuova azione, applicabile (benchè con diverse limitazioni) tanto alla richiesta di pagamento di un mutuo, quanto alla esazione di altro denaro dovuto in quantità determinata, ma inoltre come quella che ha dato sanzione legale (non origine) alla *sponsio* o stipulazione. La *sponsio tertiae partis* ne fu il primo esempio (580); ma quando fu riconosciuta come contratto obbligatorio per la sua evidente utilità, ottenne in breve fra le obbligazioni pecuniarie un largo posto, specialmente nelle convenzioni per gli interessi dei mutui.

Il pagamento però di uno speciale mutuo molto comune non poteva essere richiesto con la *condictio* della *lex silia,* il mutuo di grano da semente da restituirsi dopo la messe in quantità maggiore a titolo di interesse. Ciò perchè la *condictio* silia era limitata alle azioni che miravano a determinate somme di denaro. Un'ultima legge, la *lex calpurnia,* estese il beneficio della *condictio* (che era molto più semplice della *actio sacramenti*), ad ogni domanda personale di cosa o di insieme di cose diverse dalle monete purchè definite o precisate (*omnis certa res*) (581); la azione così introdotta tolse nome di *con-*

---

(579) Liv. VIII 28, 9.

(580) [Questa affermazione dell'A. non parrà giusta così assolutamente a chi pensi che molte altre *sponsiones* avevano avuto fin d'antico, presumibilmente, un certo effetto giuridico. La *sponsio* fatta a scopo di fidanzamento deve essere fra le più antiche e deve aver avuto origine diretta dal rito religioso in epoca remota (sull'*actio de sponsio* vedi la nota relativa del § 27). Così le *sponsiones fideiussoriae.* Su tutto ciò vedi n. 412 — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 259 *n*].

(581) Gai. IV 19.

dictio triticaria (582) dal caso (mutuo di grano, *triticum*) che aveva fatto sentire il bisogno di essa.

In processo di tempo la stipulazione fu usata a porre in essere obbligazioni che non avevano oggetto definito; ma ciò è dovuto, a quel che pare, all'intervento dei pretori dopo che il sistema delle *legis actiones* aveva ceduto il luogo a quello *per formulas* (§ 71); in tali casi non si ricorreva ad una *condictio* ma ad una *actio ex stipulatu* (583).

§ 41.

La legis actio per condictionem (584).

Ben poco si sa della procedura della *legis actio* introdotta dalle leggi silia e calpurnia; perchè in conseguenza della perdita di un foglio del mss. di Verona manca la parte del racconto di Gaio che vi si riferisce. Essa prese il suo nome distintivo, dice Gaio, dalla *condictio* o richiesta fatta dall'attore al convenuto (condotto *in iure* con i modi ordinari) di ritornare dopo il trentesimo giorno per la nomina del giudice. Molti scrittori hanno sollevate obbiezioni contro questa spiegazione, perchè la richiesta, l'invito di una soltanto delle parti mal corrisponde all'idea di *condictio* la quale pare implicare il concorso di tutte e due; ma tale questione di particolari, di pura forma, è cosa relativamente di poca importanza. Che codesto invito

---

(582) Dig. XIII 3 *de condict. triticaria* 1. La azione era così detta, comunque stessero le cose, sotto il sistema formulare; ed è più che probabile che volgarmente fosse nota con tal nome anche sotto l'impero delle *legis actiones*.

(583) Gai. IV 136. — Just. *Inst.* III 15 pr.

(584) Alla bibliografia del § 33 si aggiunga: ASVERUS *Die Denunciation der Römer* Leipzig 1843 p. 129 e seg. — MOMMSEN (rec. Asverus) nei Richter's *Krit. Jahrb.* 1845, IX 875 e seg. — BEKKER *Aktionen* I cap. 4-7. — VOIGT *Jus nat.* III § 98 e 99; IV Beilage 29, 1; 2; 7. — BARON *Zur leg. act. per iud. arbitr. postul.* nei Festgabe für Aug. W. Heffter Berlin 1873 p. 40 e seg. — BARON *Die Condictionen* Berlin 1881 § 15 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del R. R.* p. 330 *i*].

fosse fatto in presenza del pretore ed in conseguenza del diniego del convenuto alle pretese dell'attore (585) è più che probabile, perchè la *condictio* doveva avere l'andamento proprio di ogni *legis actio;* Gaio l'attesta, affermando che all'infuori della *pignoris capio* tutte le *legis actiones* avevano la caratteristica di svolgersi *in iure* (586). La procedura quando le parti ricomparivano nel trentesimo giorno (purchè nel frattempo non avessero composta la lite) variava secondo che l'azione tendeva: *a*) alla esazione di una determinata quantità di denaro che cadesse nella categoria della *pecunia credita; b*) al pagamento di ogni altra somma certa; *c*) alla restituzione di una cosa certa o di un determinato insieme di cose diverse dal denaro. Nel primo caso soltanto aveva luogo la promessa reciproca, a titolo di pena, del terzo della somma controversa (*sponsio et restipulatio tertiae partis*); ed è probabile che quando l'una delle parti rifiutava di obbedire all'ordine del pretore e di impegnarsi in tal modo verso l'altra, la sentenza fosse resa tosto in favore di quest'ultima senza alcun rinvio all'*iudex.*

Come procedessero le cose quando la *sponsio* e la *restipulatio* erano state fatte a dovere non è possibile determinare; ma giudicando per analogia dalla procedura usata in caso di contravvenzioni all'editto nel sistema formulare (587) e considerando che vi deve essere stato un qualche spediente per condannare l'attore in base alla sua restipulazione quando era stato riconosciuto il suo torto (588), è ragionevole cosa concludere che ogni causa poteva essere demandata allo stesso *iudex* per l'esame su tre punti concorrenti; il primo su la questione principale, il secondo su

---

(585) Nell'editto che regolava la formula dell'*actio certae creditae pecuniae* (la quale prese il posto della *legis actio*) il pretore dichiarava che se l'attore si rimetteva al giuramento del convenuto egli spingerebbe quest'ultimo a giurare che non era debitore o a pagare (*solvere aut iurare cogam* Dig. XII 2, 34, 6); in tal caso sarebbe grandemente aumentata la efficacia di tale spediente.

(586) Gai. IV 29.

(587) Gai. IV 165 (vedi § 73).

(588) *Restipulationis poena omnimodo damnatur actor si vincere non potuerit.* Gai. IV 180.

la sponsio del convenuto, il terzo su la restipulazione dell'attore. Il primo caso era un'eco della domanda che l'attore aveva fatta fin dal principio comparendo in causa: SI PARET DECEM DARE OPORTERE..., ecc.

Quando si reclamava non una *pecunia credita* ma un'altra somma di denaro la questione era sostanzialmente la stessa; le due questioni accessorie divenivano inutili, non essendovi più nè *sponsio* nè *restipulatio*.

Il Baron ha dimostrato che non si usava di introdurre parole a spiegare la causa del debito quando l'azione non tendeva alla esazione di *pecunia credita*, ma di ogni altro denaro o di cose o quantità di cose determinate. Si trattasse di mutuo, di legato, di vendita, di compera, di delitto, di indebito arricchimento, o di altre simili *causae* (le quali senza dubbio dovevansi dichiarare innanzi al giudice), nel periodo iniziale innanzi al pretore era necessario soltanto stabilire che il convenuto doveva la tal somma o la tal cosa. Spettava al giudice di determinare se la pretesa dell'attore era o non era fondata; in certi casi, quando si discuteva se per negligenza o colpa del convenuto la cosa in questione non era stata consegnata, l'attore doveva provare la realtà delle sue asserzioni. Se il convenuto riusciva a provare di dovere 900 soltanto là dove il suo avversario aveva chiesto 1000 otteneva senza contrasto sentenza favorevole; a meno che l'attore non provasse di dover avere tutto non otteneva nulla, perchè questa procedura era eminentemente *stricti iuris*. Quando l'attore riusciva vincitore in una azione per *certa pecunia*, ed il convenuto ritardava ad adempire il giudicato, la esecuzione seguiva il suo corso ordinario. Come questo punto fosse modificato dalla legge calpurnia per una *certa res* non è altrettanto chiaro. L'attore chiedeva forse una immediata consegna o una rifazione di danni; molti scrittori credono appunto che egli formulasse la sua domanda in modo alternativo.

Di ciò però non v'è prova alcuna; e la affermazione di Gaio che nel sistema delle *legis actiones* la condanna fosse sempre in *ipsa res*, cioè nella cosa controversa (589), lascia

(589) Gai. IV 48. — Vedi § 36.

credere che quando in seguito a sentenza favorevole all'attore non era possibile la restituzione dell'oggetto della lite dovesse aver luogo un *arbitrium litis aestimandae* per valutare in denaro i danni, e che la esecuzione procedesse quindi come se il giudicato avesse senz'altro condannato al pagamento di una somma di denaro. È opinione generale però che il giudice al quale la questione era rimessa valutasse egli stesso i danni, e ciò perchè nella formula era l'ammonimento QVANTI RES ERIT TANTAM PECVNIAM CONDEMNATO.

PARTE TERZA.

IL IUS GENTIUM

ED IL IUS HONORARIUM

(Seconda metà della Repubblica)

CAPO I.

Influenze esercitatesi sul diritto.

§ 42.

Sviluppo del commercio ed affluenza degli stranieri.

Il commercio cominciò ad estendersi in Roma nel quinto secolo, ma non ebbe grande importanza se non nel secolo sesto. Le campagne nelle quali Roma fu impegnata fino alla fine della prima guerra punica, assorbivano tutte le forze della repubblica; ma dopo di codesta guerra l'affluenza degli stranieri che prendevano stabile dimora nella città per ragione di commercio aumentò rapidamente, — da prima i Latini e gli altri alleati, poi i Greci, i Cartaginesi, gli Asiatici. Il *ius civile* legge speciale di Roma e propria ai suoi cittadini (590) era loro applicabile, per quanto risguardava i privati rapporti, soltanto nel caso in cui fossero stati membri di stati alleati che per trattato avessero ottenuto il *commercium* e la *recuperatio* (§ 25). Ma la maggior parte dei peregrini non si trovava in tale favorevole condizione; ed anche quelli che erano così av-

(590) Just. *Inst.* I 2, 1.

vantaggiati ben presto trovarono troppo ristretto pei loro bisogni i modi romani di acquistare la proprietà e di contrarre obbligazioni. Così gradatamente si svolse un *ius gentium* (591) che fin d'antico tolse dai trattati i patti per la *recuperatio*, e che fu per qualche tempo limitato nella sua applicazione agli atti fra non cittadini o fra cittadini e peregrini, ma poi fu accettato anche nei rapporti dei cittadini *inter se* e divenne parte del *ius romanorum*. Gaio e Giustiniano lo dicono « legge comune degli uomini » « legge in uso fra tutte le nazioni » (592); ma queste frasi non vogliono accogliersi alla lettera. Il *ius gentium* dei romani nel più remoto periodo della sua vita era « una indipendente legge privata internazionale la quale come tale regolava i rapporti fra peregrini, o fra peregrini e cittadini su la base della comune *libertas* (593) »; durante la repubblica fu un insieme di regole empiriche e lontane dalla influenza di ogni teoria scientifica; ma durante l'impero le estensioni di codesto sistema sono opera dei giuristi ed il frutto della speculazione razionale contemperata con la giurisprudenza comparata (594). È inesatto dire che il *ius gentium* almeno *de facto* fosse in vigore ogni dove; al contrario era diritto romano fatto da giuristi romani, benchè sorto per ragione delle necessità dei rapporti fra peregrini e con i peregrini.

Il maggior campo per lo sviluppo del nuovo sistema era in materia di contratti; e gli si possono attribuire, fra i molti effetti, il minor rigore della stipulazione ed il riconoscimento dei così detti contratti reali e consensuali come fonte di obbligazione indipendentemente da ogni formalità di parola o di atto. Ma la sua influenza si fece sentire

---

(591) Sul *ius gentium* vedi: — VOIGT *Das ius naturale aequum et bonum und ius gentium d. Römer* 4 vol. Leipzig 1856-75. — NETTLESHIP nel *Journal of Philology* 1885 XIII 169 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 419 *a-c*. — COGLIOLO *Manuale della Storia del Diritto Romano* Firenze 1887 § 20 pag. 191 e seg. — LANDUCCI *Storia del D. R.* Padova 1886 p. 32 e seg.].

(592) Gai. I 1. — Just. *Inst.* I 2, 1.

(593) VOIGT *Ius nat.* II 661. — Egli distingue il *ius civile* il *ius gentium* ed il *ius naturale* che dice sistemi applicati rispettivamente al cittadino al libero all'uomo. Vedi Cic. *De orat.* I 13, 36.

(594) VOIGT *Ius nat.* I 399-400.

anche in altre parti del diritto. È dubbio se, come alcuni sostennero, possa annoverarsi tra i suoi effetti la grande riforma fatta nel diritto di proprietà dall'editto pubbliciano (vedi § 52); perchè quello che Teofilo chiama *dominium bonitarium* si fondava su una finzione di usucapione, la quale, almeno fino ai tempi di Gaio, valeva solo per i cittadini e per i non cittadini ammessi al *commercium* (595). Il *ius gentium* lasciò evidenti traccie anche nel diritto di famiglia e nel diritto successorio; il che del resto era inevitabile, non essendo infrequenti i matrimonii fra cittadini romani e donne nate di genti straniere con le quali non era *conubium*. Queste non erano *iustae nuptiae;* quindi la moglie non poteva divenire *iusta uxor* ed il marito non aveva la *potestas* sui figli. Trascurando queste unioni si avrebbero avuto gravi inconvenienti; esse furono invece considerate come matrimoni *iuris gentium* (596). Ciò faceva sì che la donna avesse una azione per chiedere la restituzione della dote, sciolto il matrimonio (597), e che al marito fosse lecita una *accusatio adulterii* quando la donna era trovata infedele (598). I figli benchè fossero considerati peregrini al pari della madre loro (599) e non fossero nella loro *potestas* del padre, erano però in certo senso figli legittimi (*iusti liberi patris*) (600), così che il padre aveva obbligo di dare gli alimenti, poteva fare valere la sua condizione per essere dispensato dall'assumere la tutela (601) e via dicendo; Teofilo dice esplicitamente che per riguardo a questi peregrini furono introdotti i *fideicommissa* perchè mancando di cittadinanza, non potevano succedere *ab intestato* al padre, cittadino, e nè questi poteva istituirli eredi o lasciare loro direttamente un legato (602).

---

(595) Gai. II 65.

(596) Callistrato, in Dig. L. 1, 37, 2 chiama questo: *matrimoninm non legitimum.*

(597) Cic. *Top.* IV 20.

(598) Ulp. *lib. 2 de adult.* in Dig. XLVIII 5, 13, 1.

(599) Gai. I 67.

(600) Gai. I 77.

(601) Papin. *lib. 5 quaestion.* in Vat. Frag. 194.

(602) Theoph. Paraphr. II 23, 1.

Offre qualche difficoltà ai moderni il determinare con precisione quali erano le dottrine ed istituzioni del *ius gentium* distinte da quelle del *ius civile*. Ma tale distinzione deve essere stata famigliarissima ai romani, altrimenti non si avrebbe la recisa affermazione di Marciano a proposito degli ἀπόλιδες, — godere essi tutti i diritti che spettano ad un uomo secondo il *ius gentium* e non quelli che gli derivano dal *ius civile* (603).

§ 43.

La istituzione del pretore peregrino.

La pretura (604) fu un prodotto delle leggi licinie dell'anno 387 u. c. (§ 17 in fine) e fu istituita perchè la amministrazione della giustizia restasse alle mani dei patrici quando il consolato fu aperto ai plebei. *Qui ius in urbe diceret*, sono le parole con le quali Livio definisce la principale funzione del nuovo magistrato (605), il quale era in dignità perfettamente eguale ai consoli di guisa che nella loro assenza da Roma poteva agire in certe materie come loro sostituto; in fatto aveva lo stesso *imperium* ma non il comando militare. In processo di tempo a tale carica che era annua al pari del consolato, furono ammessi tanto i plebei quanto i patrizii, ma nulla fu cangiato nelle funzioni di essa; fino alla fine del quinto secolo il pretore attese in persona alla amministrazione della giustizia fra cittadini e fra peregrini. Ma cangiate le cose al principio del sesto secolo, per l'affluenza degli stranieri della quale si è parlato, il carico divenne troppo gravoso per un magistrato unico; perciò fu istituito un secondo pretore. La data della nuova istituzione non è assoluta-

---

(603) Dig. XLVIII 19, 17, 1.

(604) Vedi LABATUT *Histoire de la Préture* Paris 1868. — MOMMSEN *Röm. Staatsrecht* II 176 e seg. — FAURE *Essai historique sur le préture Romain* Paris 1878. — KARLOWA *Röm. RG.* I 217 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 35 e 112, 3 — COGLIOLO *Storia del D. R.* Firenze 1887, § 19 p. 172 e seg. — LANDUCCI *Storia del D. R.* p. 88 e seg.].

(605) Liv. VI 42, 11.

mente certa, benchè generalmente si dica essere l'anno 512 u. c. (606). Pomponio (607) dice chiaramente che la creazione della nuova magistratura era resa necessaria dall'incremento della popolazione forastiera di Roma e che il nuovo magistrato prese il nome di *praetor peregrinus,* perchè suo principale dovere era di amministrare la giustizia appunto fra i peregrini (608). Dopo la sottomissione della Sicilia e della Sardegna il numero dei pretori fu portato a quattro, e dopo la conquista della Spagna a sei; Sulla ne aggiunse altri due e Cesare li accrebbe fino a sedici. Ma tutte queste posteriori creazioni avevano scopi speciali; l'ordinaria amministrazione della giustizia entro la città fu lasciata ai rappresentanti dei due più antichi, i quali si dissero sempre l'uno *praetor urbanus* (*qui ius inter cives dicit*) e l'altro *praetor peregrinus.*

Benchè manchino dati per stabilire un paragone fra gli editti (609) di questi due magistrati e valutare la influenza che ciascuno può aver avuta su lo sviluppo del *ius gentium,* è però ragionevole cosa ritenere che in molti casi almeno il maggior impulso fosse dato dal pretore peregrino, adattando e modificando il *ius civile* secondo i bisogni dei peregrini, quando ciò era possibile; in caso contrario, introducendo un *ius honorarium.* Non si deve però risguardarlo assolutamente come il principale autore del *ius gentium;* perchè una grande parte delle azioni concesse a difesa dei diritti *iuris gentium* erano civili e non onorarie, e ciò prova come i diritti che esse dovevano proteggere e rinforzare avessero origine nel *ius civile* benchè piegato alle nuove esigenze dalla tacita consuetudine e dal lavoro dei giuristi. Ciò non ostante il pretore

---

(606) Lydus, *De Mag.* I 38, 45, dice che fu l'anno 507 (dell'èra varroniana 510). Livio, *epit.* 19, dà l'anno 512.

(607) Pompon. in Dig. I 2, 2, 28.

(608) Nelle leggi che ci avanzano dalla fine della Repubblica e nelle iscrizioni alcune volte è ricordato come PRAETOR QVI INTER PEREGRINOS IVS DICIT, altre volte come PRAETOR QVI INTER CIVES ET PEREGRINOS IVS DICIT ed altre ancora semplicemente come PRAETOR PEREGRINVS.

(609) Gaio (I 6) parla degli editti del pretore peregrino ponendoli a paro, come fonte di *ius honorarium,* con quelli del pretore urbano.

peregrino deve aver avuto una potente influenza su la giovane giurisprudenza in grazia delle *formulae* che egli adattava ai pratici scopi.

§ 44.

Semplificazione della procedura per mezzo della legge ebuzia.

La legge *aebutia* è ricordata due sole volte dagli antichi scrittori (610) e nulla oggi si sa intorno alla data precisa od alle disposizioni speciali di essa; benchè, a giudicarne dagli effetti, essa fosse una delle più importanti leggi comiziali della seconda metà della repubblica. Gellio infatti dice che essa tolse di mezzo molte istituzioni delle XII Tavole e Gaio la unisce con le leggi giulie attribuendo loro la sostituzione del sistema formulare di procedura (§ 71) al sistema delle *legis actiones.* Questa legge probabilmente fu promulgata immediatamente dopo o poco dopo la istituzione del pretore peregrino (611). Quali si fossero le sue parole, pare avesse lo scopo di autorizzare i pretori a semplificare le vigenti forme di procedura o a crearne delle nuove per le azioni del *ius civile.* Non può credersi che abbia consentito ai pretori di pubblicare e far rispettare gli editti loro, perchè questa è prerogativa concessa da tempo immemorabile a tutti i magistrati investiti di *imperium.* E nè si può ammettere che concedesse loro facoltà di riconoscere nuovi diritti o punire nuovi delitti accordando azioni o stabilendo pene, perchè allora i pretori potrebbero *ius facere,* contrariamente a ciò che fu sempre ritenuto in principio, e non sembrerà che dovesse

(610) Gell. XVI 10, 8. — Gai IV 30. [Vedi GADDI *Cronol. delle leggi Com. Rom.* p. 537].

(611) [Altri la pone al principio del settimo secolo. Per alcune di queste ipotesi e per la tentata loro giustificazione vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 403 e 404 *a-f*].

essere altrimenti a chi pensi come le azioni pretorie vivessero soltanto l'anno in cui durava la carica del pretore che le aveva concesse, là dove le azioni del *ius civile* le quali si trovano fin dai primi tempi sotto la loro nuova forma nell'album del pretore sono perpetue. Piuttosto la *lex aebutia* avrà consentito ai pretori di adattare le esistenti azioni ai cangiati bisogni e di foggiare per analogia del *ius civile* nuove azioni ad uso dei peregrini che non potevano usare delle *legis actiones;* è possibile cosa del resto che contemporaneamente abbia in modo esplicito autorizzata la inserzione di clausole nelle formule che i pretori dovevano redigere, nelle quali fosse concessa protezione alle eccezioni proposte contro azioni fondate nella legge, ma nel fatto ingiuste. Qualunque si fosse però la reale portata della legge, essa ebbe per effetto la introduzione di una nuova procedura che riuscì man mano ad escludere le azioni di legge delle quali era meno rigorosa, distinguendosene nettamente perciò che le parti non denunciavano più a viva voce la questione controversa, nè dovevano in tanti casi citare con esattezza assoluta il provvedimento legislativo su cui le ragioni dell'attore si basavano; ma in quella vece il pretore formulava in iscritto i punti controversi, sotto forma di istruzione al giudice perchè questi investigasse e valutasse i fatti, concedendogli facoltà di condannare od assolvere secondo i risultati della indagine sua.

§ 45.

Conquista delle provincie.

Lo sviluppo del commercio e l'enorme incremento della ricchezza (onde conseguiva che i grandi capitalisti per mezzo di liberti e di schiavi potevano mantenere un commercio in proporzioni sino allora mai vedute e tale che aiutava il consolidamento del *ius gentium*) erano senza dubbio dovuti alla estensione delle conquiste provinciali. Ma queste ebbero anche altri e diversi effetti. Le autorità

che occupavano le provincie in qualità di governatori si trovavano di fronte a leggi e ad istituzioni per molti rispetti disformi da quelle di Roma. Le necessità della politica facevan sì che in alcuni luoghi il diritto nazionale fosse rispettato ed in altri abrogato; in alcune provincie, specialmente nelle orientali, si credette sufficiente aggiungere qualche cosa alle leggi vigenti mediante la importazione delle dottrine del *ius gentium* e della procedura degli editti pretorii; in altre invece, nelle quali parve opportuno distruggere il più rapidamente possibile ogni sentimento di nazionalità, romanizzarono tutte le loro istituzioni introducendo perfino alcuni atti formali che prima erano proprii dei cittadini romani. Ma nell'un caso e nell'altro vi era una azione riflessa; le istituzioni locali erano state studiate, i loro vantaggi ed i loro inconvenienti ponderati, valutati i mezzi di adattarle alla procedura pretoria e le nuove idee sorte così, erano armonizzate, per quanto era possibile, con le vecchie. Tutto ciò serviva di ammaestramento a quelli che ritornati in Roma dovevano esercitare una azione diretta su la legislazione e su l'amministrazione del diritto; essi ne riportavano non soltanto una esperienza che non avrebbero raggiunta in patria, ma anche una conoscenza profonda delle istituzioni straniere che erano spesso vogliosi di acclimatizzare in Italia. Il Diritto romano fu così arricchito dalle provincie; da esse tolse, ad esempio, l'enfiteusi, l'ipoteca, la legge Rodia, e molti altri istituti affatto nuovi, alcuni dei quali erano sanzionati dal tacito riconoscimento, altri dagli editti dei pretori; ma, comunque fossero accolti, erano indirettamente il frutto delle conquiste provinciali.

§. 46.

Sviluppo della letteratura e della filosofia.

Giova considerare in relazione alla storia generale di Roma l'effetto che derivò dalla letteratura e dalla filosofia a cui si applicarono i romani sul finire della repubblica,

Non è mio proposito di rilevare quali e quanto profonde traccie della influenza delle scuole, specialmente di quella degli stoici, rivelino le varie teorie del diritto romano; questo è tema troppo vasto per essere costretto in poche linee (612). Intendo soltanto di osservare come lo spirito della indagine critica, prodotto e ingrandito dagli studi letterari e filosofici seriamente e coscienziosamente condotti, contribuisse grandemente a promuovere un nuovo indirizzo della giurisprudenza, indirizzo che divenne assai pronunciato ai tempi di Cicerone e che consisteva nel desiderio di subordinare la forma alla sostanza, la parola al concetto che essa deve esprimere, la regola astratta al caso individuale per applicarsi al quale era stata formulata. Questo è il primo sforzo di quella che fu chiamata equità, per temperare e contenere entro certi limiti il rigore dello *strictum ius*; i pretori, i giudici, i giureconsulti, tutti ebbero parte in ciò. Benchè in genere gli scrittori moderni siano propensi a fare della equità pretoria una cosa a sè, tuttavia lo stesso spirito pervade il diritto in ogni sua parte e per opera di tutti quelli che hanno mani in pasta; vi è questa sola differenza che la natura e la pubblicità dell'editto davano alle applicazioni fattene dai pretori maggiore efficacia e durata di quello che potessero conseguire le decisioni dei *iudices* privati e le opinioni dei giureconsulti consulenti.

---

(612) Questa questione fu discussa con molto maggior fervore un secolo fa. Della letteratura più recente si possono ricordare. — VAN VOLLENHOVEN *De exigua vi quam philosophia graeca habuit in efformanda iurisprudentia romana* Amsterdam 1834. — RATIEN *Hat die stoische Phil. bedeutenden Einfluss gehabt* etc., Kiel 1839. — VOIGT *Ius nat.* I § 49-51. — LAFERRIÈRE *De l'influence du stoicisme sur la doctrine des iuresconsultes romains* Paris 1860. — HILDENBRAND *Gesch. u. system d. Rechts-und staatsphilosophie* Leipzig 1860, I § 141-142. — Per la bibliografia più antica vedi HILDEBRAND *l. c.* p. 593.

§ 47.

Decadenza della religione e della morale.

Sarebbe del pari inopportuno diffondersi a parlare delle cause e degli effetti di quello scadimento del sentimento religioso e di quel rilassamento della pubblica e privata moralità che ebbero conseguenze così disastrose negli ultimi anni della repubblica. Il diritto privato sentì profondamente l'influenza di questo stato di cose, per ciò che si riferisce alle domestiche relazioni alla proprietà ed ai contratti.

Il dispregio sempre più generale della santità dei vincoli matrimoniali è uno dei tratti così salienti della storia di questo periodo che colpisce anche il meno osservatore. Fin da antico il diritto aveva fissate le cause di separazione stabilendo le pene opportune, ma in principio era ammessa completa libertà di divorzio perchè appariva sconveniente forzare alcuno a continuare un matrimonio quando più non esisteva il vincolo dell'affetto coniugale. Con le abitudini semplici e frugali dei primi cinque secoli di Roma e la sorveglianza del *consilium domesticum*, il riconoscimento di tanta libertà non condusse a spiacevoli effetti; i dissensi domestici erano facilmente appianati ed i divorzi erano rarissimi. Ma dal tempo della *lex maenia*, cioè dall'anno 586 (613), pare vi fosse un cangiamento in

---

(613) Vedi VOIGT *Die lex maenia de dote* Weimar 1866, e la critica fattane dall'Arndts nella Z. f. RG 1866, VII 1 e seg. — Gellio (*n. a.* IV 3) riferisce che nel 523 (in altro luogo egli dice 519; Dionisio e Valerio Massimo hanno 520) Sp. Carvilio Ruga, con approvazione del consiglio domestico (*n. a.* XVII 21, 44) ripudiò la moglie che egli amava teneramente perchè era sterile e non poteva quindi in coscienza dichiarare ai censori che egli aveva una moglie la quale gli avrebbe dati figli [*liberum quaesundum causa*, era appunto la formula del matrimonio]. Pare che sorgesse qualche difficoltà a proposito della dote; perchè Gellio osserva, su l'autorità di Servio Sulpicio, che quindi innanzi si giudicò opportuno di disporre in precedenza per tale eventualità. La legge maenia in parte almeno, intese a regolare questa materia. — Giova notare però che secondo lo CZYLHARZ (*Das Rö-*

peggio. *Inter alia* fu tolta al consiglio domestico facoltà di giudicare dei divorzi e ne furono attribuite le funzioni ad un *iudicium de moribus*, tribunale di inchiesta nominato dal pretore il quale doveva determinare se in caso di ripudio o separazione fossevi luogo a pena ed in qual misura. I propositi della legge erano forse eccellenti, ma le sue disposizioni erano dannose, perchè non soltanto facilitavano indirettamente il divorzio, ma rendevano famigliare la idea di esso e toglievano quel rispetto del domestico consiglio che era stato fin qui un freno ai divorzi.

Questo rilassamento dei vincoli del matrimonio, come era da aspettarsi, ebbe i suoi effetti anche sugli altri rapporti domestici. L'obbligo del padre di provvedere ai figli cominciò ad essere tenuto in poco conto. — Il diritto (forse soltanto la interpretazione dei giureconsulti mercè l'applicazione dell'*uti legassit* delle XII Tavole) aveva dato al padre facoltà di diseredare i figli con atto di ultima volontà o di limitare nel testamento il loro diritto ad una piccola parte del patrimonio ereditario (p. 185); si ritenne però che questo potere dovesse essere esercitato con discrezione e soltanto quando era giustificato dalle circostanze.

Ma negli ultimi giorni della repubblica, nel generale scadimento della vita domestica, i doveri paterni e coniugali furono tenuti in non cale e i figli furono spesso diseredati o istituiti in una parte irrisoria della eredità, per favorire un estraneo. Ciò portò alla introduzione, per opera del tribunale dei *Cviri* (senza speciale disposizione di legge o editto di pretore), della così detta *querela inofficiosi testamenti*, azione concessa al figlio per impugnare il testamento del padre quando le sue legittime pretese all'eredità paterna fossero state frustrate senza giusta causa

---

mische Dotalrecht Giessen 1870, p. 1-9) le prove addotte dal Voigt non bastano a dimostrare la esistenza di tale legge; anche altri recenti scrittori sollevano molti dubbi in proposito [Vedi COGLIOLO *Quaestiones de dote* Archiv. Giur. 1883, XXIX 153. — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 176 *e*. Effetto giuridico indiretto di codesto divorzio furono le *cautiones rei uxoriae* e le *cautiones de evictione praestanda*. Per mezzo di quelle il marito si obbligava a restituire la dote; con queste il costituente garantiva il marito della evizione. Su ciò vedi *infra* § 68].

e per mero capriccio (614). — La pratica fu qualche tempo senza dubbio incerta e peritosa, ma in seguito per mezzo di questa *querela,* si stabilì la regola che ogni figlio avesse diritto, non ostante la contraria volontà del padre espressa nel testamento, almeno ad una quarta parte (*portio legitima, quarta legitima* (615) — la legittima della legge scozzese e di varie nazioni europee) di quello che gli sarebbe toccato se il padre fosse morto intestato; purchè ben inteso non risultasse che il testatore aveva avuto fondato motivo di escludere il figlio o di assegnargli una porzione più piccola (616). Anche il padre ha eguale diritto di impugnare il testamento del figlio che fosse *inofficiosum* verso di lui; e in certi casi lo stesso diritto è concesso a fratelli e sorelle *inter se.*

La decadenza della moralità ebbe effetti non meno sentiti nel campo degli affari quotidiani, portando di necessità a precauzioni ed a liti che non si conoscevano nei bei giorni della πίστις τῶν Ῥωμαίων. Niuno si fidava più dell'altrui buona fede ma ricorreva a stipulazioni a *cautiones* a garanzie di ogni sorta. Le disposizioni di Rutilio intorno ai fallimenti (617) e l'*actio pauliana* per

---

(614) Molti scrittori da Cicerone (*Verr.* II 1, 42, 107) argomentano che la *querela inofficiosi* fosse già nota al tempo dell'oratore perchè egli ricorda un *testamentum non improbum non inofficiosum non inhumanum;* altri vogliono che essa dati dai tempi di Augusto. Valerio Massimo, però, vi allude (VII 7, 4) riferendosi a Calpurnio Pisone che il DRUMANN (*Gesch. Roms* II 92 e seg.) identifica con l'omonimo pretore urbano il quale tenne l'ufficio nell'anno della prosecuzione di Verre. È probabilissimo che la *querela* usata timidamente sotto la repubblica fosse stabilmente riconosciuta soltanto sotto il primo impero.

(615) Dicevasi *portio legitima* perchè il *quarto* era imitato dalla *lex falcidia* (vedi *infra* § 54) la quale dichiarava che ogni erede testamentario dovesse avere tale parte della successione libera da legati. Giustiniano (*Nov.* 18) portò la legittima ad un terzo (ad una metà quando vi erano in concorso più di quattro figli — vedi *infra* § 87 in fine).

(616) Giustiniano con la sua Novella 115.ma, rinnovò alcuni particolari dell'uso, fissando con legge quali sarebbero stati in avvenire i motivi di diseredazione e richiedendo che di essi fosse fatta chiara menzione nel testamento (*infra* § 87).

(617) Gai III 77 e 81.

revocare le alienazioni fatte in frode dei creditori (618) indicano una decadenza nei rapporti economici che vuolsi forse ascrivere allo sviluppo del commercio. Spedienti come, ad esempio, la *exceptio rei venditae et traditae* (eccezione opposta al venditore che ha intascato il prezzo della vendita e che domanda la rescissione della vendita soltanto perchè alcune formalità del contratto furono ammesse) e la *exceptio non numeratae pecuniae* (eccezione contro la domanda di pagamento di una somma di denaro che per qualche caso non fosse stata sborsata) resesi necessari in questo torno di tempo provano come il diritto dovesse ogni dove lottare contro le frodi e che la *graeca fides* aveva largamente soppiantata l'antica probità romana.

---

(618) Cic. *ad Att.* I 1, 3. — Just. *Inst.* IV 6, 6. [Su l'*atio pauliana* il migliore lavoro, felicemente ardito, è quello di E. Serafini *Revoca degli atti fraudolenti* Pisa 1886.]

CAPO II.

Fonti del diritto.

§ 48.

Legislazione.

Non si può dire che durante il periodo di due secoli e mezzo, oggetto del presente capitolo, il diritto privato riposasse gran fatto su la legislazione. La maggior parte delle leggi di questo tempo riferite dagli storici hanno per oggetto questioni costituzionali, governo di municipii e colonie, riforme agrarie, disposizioni fiscali, divieti suntuari, pene criminali e norme di polizia, ed altre simili materie che interessano il diritto pubblico. Di diritto privato, ricordate da Gaio e da Ulpiano nelle loro *Istituzioni*, non ve n'ha più di una ventina; anzi mezza dozzina soltanto di queste esercitarono una permanente influenza su i principii e non su i particolari esterni del diritto.

La maggior parte sono provvedimenti del *concilium plebis* (619) o dei comizii tributi a cui l'ordinaria legislazione era affidata, per essere essi più rapidamente convocati e più facilmente interrogati dei comizi delle centurie (620).

---

(619) Gellio, *n. a.* X 20, 8, osserva che anche i provvedimenti i quali a tutto rigore erano *plebiscita* dicevansi usualmente *leges*.

(620) Fra leggi di diritto privato conviene ricordare la *lex aebutia* (vedi § 44) che direttamente introdusse la procedura formulare; una *lex cornelia* del 687 che obbligò i pretori a giudicare secondo gli editti pubblicati da loro; la *lex cincia de donis* del 550, che esercitò una considerevole influenza sul diritto delle donazioni, ma che fu promulgata con lo scopo politico di limitare i doni ai funzionari ed agli oratori per togliere il pericolo di corruzioni; le leggi *atilia* e *iulia-titia* che autorizzarono i magistrati in Italia e nelle provincie a nominare i tutori ai pupilli ed alle donne *sui iuris* quando mancavano i tutori testamentari o legittimi; la *lex plaetoria* che mirava a difendere i minori fino ai venticinque anni; la *lex atinia* che vietò la usucapione delle cose rubate anche pei terzi possessori di buona fede; la *lex aquilia* del 467, che dette azioni pei danni colposi recati alle proprietà; le leggi

§ 49.

Editti dei magistrati (621).

L'uso di promulgare editti era antichissimo e fu seguito dai re e dai consoli assai prima della istituzione della pretura. Per mezzo di questi editti i magistrati superiori esercitavano normalmente l'*imperium* onde erano investiti, perchè imponevano con essi al cittadino il rispetto di un determinato stato di fatto o conservavano alcuno nel godimento di qualche utilità, ristabilendo così l'ordine pubblico anche quando non vi era propriamente lesione di ciò che la

---

apuleia furia cicereia e *cornelia* che intesero ad alleviare le condizioni dei mallevadori; la *lex voconia* del 585 che sancì alcune incapacità a succedere per le donne e a prendere legati per testamento oltre una certa somma; la *lex falcidia* del 714 che autorizzò gli eredi testamentari a trattenere un quarto della eredità anche quando più di tre quarti del suo patrimonio avesse il testatore assegnato in legato. In Rudorff (*Röm. RG.* I §§ 10-44) si trova un elenco sistematico di tutte le *leges* e i *plebiscita* della repubblica e del primo impero ricordati dagli scrittori romani, giuristi e no. L'*Index legum* nella terza parte del *Onomasticon Tullianum* dell'Orelli, contiene un elenco alfabetico delle leggi menzionate da Cicerone, Livio, Velleio Patercolo, ed Aulo Gellio. Vedi anche Rivier *Introd. hist. au D. R.* Bruxelles 1881, §§ 40-49. — [L'Annotatore della presente opera ha pubblicato in fine al secondo volume del *Manuale delle fonti del Diritto romano* del prof. Pietro Cogliolo (Torino Unione Tip. Edit. 1887 p. I-XXI 497-660) una *Cronologia delle leggi comiziali romane*, ove sono esposti anno per anno i resultati dell'opera dei comizi romani (dall'a. 245/509 all'a. 853/100). D'ogni legge è fissata la data, il nome, il rogatore, il contenuto, le fonti antiche, la bibliografia moderna, e spesso è fatta una breve critica alla età od alla sostanza delle leggi stesse; al lavoro è premessa una ampia bibliografia storica e seguono due appendici l'una su le *Leggi di incerta data*, l'altra su i *Resti epigrafici di leggi ignote*. — L'A. sa di non aver fatto opera completa e si confessa di alcune inesattezze ed ommissioni; ma la natura del lavoro, che non può essere opera di un solo e che richiede lunga elaborazione gli varrà di scusa. Si avverta che intese a fare una Cronologia e non una Storia *della legislazione comiziale romana*; di questa non è ancor giunta l'ora benchè ne sia vivo il desiderio].

(621) Vedi Lenel *Beiträge zur Kunde des praetorischen Edicts* Stuttgart 1878 e la introduzione alla sua grande opera *Das Edictum Perpetuum* Leipzig 1883. — Karlowa *Röm. RG.* § 60. — I tentativi fatti di tanto in tanto per ricostruire l'Editto sono riferiti *infra* § 58 in relazione alla riforma di Giuliano.

legge risguardava come diritto e quando, in conseguenza, non v'era luogo ad azione. Che i più antichi editti dei pretori avessero questo carattere — fossero cioè promulgati per casi speciali meritando il nome ch'ebbero poi i consimili *edicta repentina* o *prout res incidit posita* — non è possibile negare. Più tardi apparve una nuova classe di editti che presero il nome di *edicta perpetua* (o *perpetuae iurisdictionis causa proposita*) e che contenevano la enumerazione dei casi in cui il magistrato dichiaravasi pronto ad intervenire, nel modo prestabilito, a favore di quelli i quali credessero di trovarsi nella condizione di fatto indicata dall'*album* (così dicevasi la tavola di legno bianco esposta a tale scopo nel foro). Questi editti debbono essere stati fatti in origine da qualche pretore il quale, colpito dalla costante e frequente ripetizione di certi fatti che lo obbligavano a rendere sempre eguali decisioni, e ravvisata necessaria ed appropriata la concessa protezione, pensò di assicurare ai suoi amministrati il pronto suo intervento in tali casi. Il pretore dell'anno seguente era libero di adottare o di non adottare gli editti del suo predecessore; ma usava non rifiutare quelli che era chiaro avessero reso buoni servigi nella pratica; a questi editti aggiungeva le disposizioni che erano state determinate da nuovi casi ai quali i precedenti pretori avevano provveduto con *edicta repentina,* od anche proponeva regole escogitate di suo proprio capo. Quando ciascun pretore entrava in carica annunciava il suo programma giurisdizionale — la sua *lex annua,* come anche dicevasi, appunto perchè durava un anno (622); la maggior parte era *tralaticia,* cioè trasmessa da pretore a pretore e soltanto pochi paragrafi (sempre più pochi di numero in processo di tempo) rappresentavano il suo personale contributo. Così si giunse fino all'impero sotto il quale le funzioni pretorie furono sopraffatte dalla autorità imperiale. Da ultimo, dopo la revisione che Adriano ne ordinò e la fusione con gli editti del pretore peregrino e dei governatori provinciali, l'editto del pretore urbano di-

---

(622) Cic. *Verr.* II 1, 42, 109.

venne legge dello Stato, in grazia di un senatoconsulto che la sanzionò (§ 58).

V'è motivo a credere che l'editto avesse raggiunto un considerevole sviluppo ed una grande importanza ai tempi di Cicerone; perchè egli lamenta che, mentre nella sua giovinezza le XII Tavole erano fatte mandare a mente ai fanciulli nelle scuole, nella sua vecchiaia fossero trascurate ed i giovani dovessero cominciare dagli editti del pretore lo studio del diritto (623). Di alcuni editti la data e l'autore son noti con abbastanza precisione; ma regna la più completa oscurità intorno alla maggior parte di essi ed anche intorno ai più importanti, come a quello che introdusse la *restitutio in integrum* pei casi di danni conseguenti da errore, assenza, minore età e simile, o a quello che sovvertì il diritto successorio. È inutile ricercare se la riforma di Giuliano accogliesse tutte le disposizioni che da antichissimo erano state man mano introdotte e se mantenesse la forma loro tradizionale; molto probabilmente conservò quelle sole disposizioni le quali avevano il suffragio della esperienza e della dottrina di una lunga serie di pretori. — Uno dei grandi vantaggi dell'editto su gli altri provvedimenti legislativi stava in ciò appunto che ogni sua disposizione poteva essere tolta o migliorata dai successivi pretori in guisa da uniformarla ai nuovi bisogni. L'editto era, infatti la *viva vox iuris civilis* (624) — mirando ad aggiungere a supplire a correggere il diritto in conformità delle sempre cangianti pubbliche necessità (625), e ciò sarebbe stato impossibile se fin da prima le norme pretorie fossero state stereotipate come ai tempi di Adriano.

L'editto constava, a quel che pare, di due parti; l'una può essere detta propriamente « editto » o « editti » e l'al-

---

(623) Cic. *De Leg.* I 5, 15; II 23, 59. — In un passo che si suppone aver egli scritto innanzi al 25.mo anno di sua età (*de Invent.* II 22, 67) egli parla di alcune parti dell'editto divenute fisse e certe per lunga consuetudine (*propter vetustatem*).

(624) Marcian. in Dig. I 1, 8.

(625) Papin. in Dig. I 1, 7, 1: *Quod praetores introduxerunt adiuvandi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*.

tra contiene come in appendice le formule delle azioni, tanto di quelle derivate dal *ius civile* quanto di quelle provenute dal *ius praetorium*. Il contenuto del vero editto era nei particolari svariatissimo, ma in genere fissava il modo con cui il pretore avrebbe esplicata la sua giurisdizione durante l'anno del suo ufficio; e ciò non per mezzo di ditterii giuridici didattici o dogmatici ma piuttosto per mezzo di preannunzio o avvertimento di quei rimedi che egli avrebbe concessi in questa o in quella circostanza, o per mezzo di ordini diretti o divieti assoluti di fare alcuna data cosa. Gli editti della prima maniera erano concepiti così: IVDICIVM DABO — EDI IVBEBO — RATVM NON HABEBO.

Della seconda categoria si possono ritenere come tipiche le formule: NE QVIS IN IVS VOCET — EXHIBEAS — VIM FIERI VETO. La parte che reclamava un'azione o qualsiasi altro provvedimento analogo, non si fondava su un diritto — come nel caso in cui la sua pretesa avesse base nella legge o nella consuetudine — ma su le concessioni del pretore e su la promessa di lui di intervenire per colui che reclamasse il suo intervento (626) e di dare efficacia alle proprie concessioni. Ciò perchè in origine le azioni pretorie dovevano intentarsi e aver fine durante la permanenza in carica di ciascun pretore; questa regola col tempo fu abusata e condotta a significare che le azioni puramente pretorie (cioè che non furono mai del *ius civile*) dovevano essere intentate entro l'anno dal giorno in cui era accaduto il fatto che loro serviva di base.

Come già fu notato gli editti del pretore secondavano i principii della equità in misura molto maggiore della antica legislazione comiziale; cioè a dire essi si opponevano al rigore ed al formalismo della giurisprudenza delle XII Tavole. Questa anzi, fu detto, essere stata la fondamentale tendenza degli editti pretorii considerati nel loro insieme; ma sarà meglio affermare che tutta la giurisprudenza di questi tempi aveva lo stesso carattere, che pertanto non era affatto peculiare all'opera

---

(626) Gaio ben di frequente parla di *bonorum possessiones* che il *praetor pollicetur* o *promittit* (Vedi II 119 e 135).

pretoria. Alcuni testi parlano è vero dei pretori come se e'fossero gli speciali interpreti della equità facendo questa diversa dalla legge. Cicerone ben di frequente fa codesta distinzione, identificando la *aequitas* con lo spirito ed il *ius* con la lettera di una legge o di una convenzione; ma tutto ciò è detto in un luogo ove l'oratore romano canta le lodi non dei pretori ma degli avvocati, i quali a suo dire mantenevano l'equità contro il diritto, e dei giudici che restavano persuasi agli argomenti dei difensori. — Molta parte del contenuto degli editti fu incorporata in leggi; anzi, coll'andar del tempo, le leggi vennero in soccorso agli editti; di ciò fa ampia testimonianza la disposizione edittale ricordata da Ulpiano (627) VTI ME QVAQVE LEGE SENATVS CONSVLTO BONORVM POSSESSIONEM DARE OPORTEBIT ITA DABO.

Ben poco si sa dell'editto del pretore peregrino e delle sue relazioni con quello del suo collega urbano. Che essi per qualche rispetto differissero l'uno da l'altro è fuori di dubbio perchè nella *lex rubria* del 706 (628), la quale ordinava a stabile reggimento la Gallia cisalpina, i magistrati erano invitati a formulare certe azioni nel modo seguìto dal pretore peregrino nel suo editto. Quest'ultimo quindi, deve essere stato assai più largo di quello del pretore urbano; probabilmente per questo che, servendo soprattutto a regolare questioni sorte fra i non cittadini, ommetteva tutte le formalità proprie ai soli cittadini e così grandemento semplificava la procedura. Nell'editto del pretore urbano vi erano disposizioni che non potevano giovare ad altri che ai cittadini; per esempio l'azione publiciana la quale introdusse la proprietà *in bonis* delle *res mancipi* e che si basava su la finzione di completa usucapione e quindi anche sotto l'impero non poteva essere concessa ad un peregrino. D'altra parte nell'editto del pretore peregrino si può ritenere che non fossero di tali rimedi e che le disposizioni di esso fossero di tal natura da potersi applicare indifferen-

(627) Ulp. *lib. 49 ad edict.* in Dig. XXXVII 14, 1, pr.

(628) *Lex rubria* cap. 20, apud Bruns p. 92 — [GADDI *Cronol. delle leggi comi rom., ad a. 706*].

temente ai cittadini ed ai non cittadini. — Gli editti dei governatori provinciali variavano certamente secondo le circostanze; consistevano sempre in un insieme di provvisioni più o meno numerose tolte a prestito dagli editti dei pretori e di altre aggiunte secondo i bisogni speciali delle diverse provincie per le quali erano promulgate (*provinciale genus edicendi*). Fra di esse eranvi senza dubbio norme per la protezione della quasi proprietà della terra e dei diritti quasi reali; perchè le terre in provincia appartenevano in teoria allo Stato e coloro che le occupavano avevano soltanto un diritto trasmissibile ed ereditario di usufrutto (629). Gli editti degli edili curuli i quali erano incaricati della sorveglianza dei mercati, avevano una sfera di applicazione molto limitata; le più importanti disposizioni si riferivano alle vendite di schiavi cavalli e bestiami e contenevano le norme su i doveri dei venditori e le obbligazioni loro per i vizii e gli inganni (630).

---

(629) Gai. II 7.

(630) Vedi il tit. Dig. *De aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris* XXI 1, ed il tit. Cod. *De aedilitiis actionibus* IV 58.— [Su gli editti del pretore urbano e peregrino vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 112 *s* e 403-411 *a-s*. — È importante determinare la condizione *costituzionale* del pretore perchè ne discende la ragione dell'opera sua. Il pretore in Roma è uno dei magistrati superiori, come tale fornito di *imperium* e di *iurisdictio;* l'*imperium* in senso largo vale facoltà suprema di comando civile e militare ma in senso più ristretto allude ai poteri militari che spettano a ciascuno dei magistrati *maiores* (Cic. *Phil.* V. 12, 45); — la *iurisdictio* è propriamente la facoltà di nominare il giudice unico per dirimere le controversie d'ogni sorta nate fra cittadini. La procedura antica è tanto rigorosa in questo suo concetto che la nomina di più giudici o la qualità di peregrino in una delle parti fa cadere la lite sotto l'*imperium* del magistrato (Gai. III 181; IV 80 e 103-106) e che le *missiones in bona* le *bonorum possessiones* e simili atti sono distinti accuratamente dalla *iurisdictio* (Ulp. in Dig. XLII 1, 5 pr.). La funzione del pretore si esplica in tre modi; con istruzioni al giudice (*formulae*), con prescrizioni dirette alle parti (*interdicta*), e con norme generali rivolte al pubblico (*edicta*); una quarta facoltà è pure concessa al pretore come magistrato superiore, la così detta *legis actio* o potere di compiere atti di giurisdizione volontaria (come dicesi poco chiaramente oggi) cioè adozioni, emancipazioni, manomissioni, *in iure cessiones* (Gell. *n. a.* V 19, 3 — Dig. I 7, 4; 16, 2 pr.; 20, 1 — Dig. *tit.* XVI 3 — Cod. Iust. VIII 48, 1 — Paul. *S. R.* II 25, 4), ma questa facoltà rientra rigorosamente parlando nel-

§ 50.

Consuetudine giureconsulti e « res iudicatae ».

Per quanto grande possa essere la difficoltà incontrata dai filosofi del diritto nel determinare il fondamento della autorità del diritto consuetudinario non è qui luogo a disputare della importanza dei suoi effetti in ciascun sistema giuridico antico o moderno. Gli uomini che prima hanno emessa accettata o girata una cambiale, tanto per il diritto quanto per i giudici debbono avere avuto obbligo di pagarla. Può darsi che abbiano sentito il parere di giureconsulti ma, comunque siasi, essi dettero origine ad un uso che passò in consuetudine e come tale fu riconosciuto dai tribunali quale fonte di diritto, cioè atto a conferire diritti od imporre obbligazioni. Moltissimi altri esempi, senza paragone più numerosi di quello che comunemente si pensi, ricorda la storia del diritto. In Roma il procedimento fu alcune volte mirabilmente più spedito; lo attesta ciò che Giustiniano narra della introduzione e del riconoscimento delle fiducie testamentarie e dei codicilli agli atti di ultimi volontà, sorte quelli e questi ai

---

l'*imperium* (Gai. I, 98-99) e per vero, come il MOMMSEN (*Droit Public* Paris 1887, I 319) osserva, l'esercizio della procedura in codesti atti è soltanto apparente. È notevole che gli *edicta* dovevano essere promulgati in *contione*, cioè dinnanzi ai cittadini convocati *fuse;* si distinguevano dalle semplici comunicazioni fatte per via di affissi (*proscripta* — Cic. *ad Att.* IV 3, 3 — Dion. XXXVIII 6 e 13) perchè contenevano alcun che di imperativo, dovendo servire di norma a tutto il popolo; perciò appunto la formula dell'editto era concepita in modo imperativo NE QVIS... IN IVS VOCET... — Letto l'editto dai Rostri (Cic. *de off.* III 20, 80) il magistrato lo fa appendere (*proscribere*) nel foro (*apud forum palam ubi de plano recte legi possit* — Lex repet. lin. 65 e 66; lex iulia munic. lin. 34).

Donde traesse il pretore la sostanza dell'editto che leggeva nella *contio* e secondo il quale regolavasi nella sua magistratura (*edictum perpetuum*) è questione più ardua, non parendo possibile in grazia dello spirito conservatore romano che il pretore innovasse a seconda del suo talento. Forse ebbe il primo insieme di norme e di formule dal così detto *ius Flavianum*].

tempi di Augusto (631). Così non può revocarsi in dubbio che sorgesse nello stesso modo, forse alla fine del quinto secolo od al principio del sesto, il contratto letterale *per expensilationem* (§ 53). La tenuta dei libri della contabilità domestica fu probabilmente imposta e avvalorata dai censori; ma la consuetudine, e non la legge o l'editto pretorio, dette azione per la *certa pecunia credita* quando risulta da una annotazione sui libri del creditore e permise di ripeterla in giudizio secondo le riforme della legge silia (§ 40). Nella stessa guisa il *mutuum*, imprestito di denaro senza formalità, fu risguardato come un terzo caso di *certa credita pecunia* e lo si ritenne cadere sotto le prescrizioni della legge silia. Però non si sarebbe giunto a tanto senza la cooperazione dei tribunali; questi allora erano composti ciascuno di privati cittadini (l'ufficio dei quali cessava con la sentenza data nel caso speciale che loro era sottoposto), che erano vincolati alla autorità di una lunga *series rerum iudicatarum* (632). In questi casi dovevano soltanto determinare se la *expensilatio* ed il *mutuum* producessero tale obbligazione da essere compresa nelle parole *pecuniam dare oportere*. La pratica fu alcun tempo incerta, le sentenze contradditorie, come Cicerone dice, fervendo ai suoi giorni la controversia se a tali casi dovesse applicarsi l'*aequitas* o lo *strictum ius;* ma il graduale aumento dei giudici che si pronunciavano per l'affermativa, giungendo a poco a poco ad una completa unanimità, era l'espressione del sentimento generale della cittadinanza di cui gli *iudices* erano i rappresentanti.

Si hanno molti esempi del modo con cui il diritto consuetudinario era riconosciuto. A ciò si richiedeva l'accordo dei privati e dei *iudices* secondato dal consiglio dei giureconsulti; in alcuni casi era necessario anche quello

(631) Iust. *Inst.* II 23, 1; II 25 pr.

(632) Sotto l'impero soltanto una *series rerum perpetuo similiter iudicatarum* ebbe efficacia di legge. Durante la repubblica il giudice era molto più libero e non soltanto poteva ma doveva giudicare secondo le sue particolari cognizioni giuridiche, assumendo però sopra di sè il rischio delle conseguenze se la sua sentenza era riconosciuta contraria al diritto.

dei pretori. Sarebbe stato impossibile, ad esempio, introdurre i contratti nel sistema romano e determinare le obbligazioni che essi impongono ai contraenti, senza la cooperazione del magistrato che redigesse la *formula* da sottomettersi ai giudici. Per esempio, la formula dell'azione derivante dalla vendita era concepita sostanzialmente così: QVOD A^{S} · N^{O} · HOMINEM Q · D · A · VENDIDIT QVIDQVID OB EAM REM N^{M} · A^{O} · DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EIVS IVDEX N^{M} · A^{S} · CONDEMNA · SI NON PARET ABSOLVE. — Si vede da questa formula come fossero lasciate libere le mani al giudice il che facilitava immensamente il processo per cui le regole consuetudinarie erano elevate a diritto. Il giudice era in gran parte la viva voce del foro; le sue sentenze seguivano la corrente della pubblica opinione che egli aveva grande opportunità di valutare ed erano un riflesso di quel generale senso giuridico che è, mi si perdoni la frase, la base reale di tutto il diritto consuetudinario. Lo stesso avveniva nelle azioni che miravano a stabilire un diritto di proprietà sopra *res nec mancipi;* la formula ne era semplicissima: SI PARET HOMINEM STICHVM Q · D · A · EX IVRE QVIRITIVM A^{I} · A^{I}. ESSE OPORTERE ET SI N^{S} · N^{S} · A^{O} · A^{O} · ARBITRIO TVO NON RESTITVET QVANTI EA RES ERIT N^{M} · N^{M} · A^{O} · A^{O} · CONDEMNA · SI NON PARET ABSOLVE. — Il primo dovere di un giudice in questo caso era di determinare se il titolo su cui l'attore fondava le sue pretese fosse tale da ottenergli riconoscimento del diritto di proprietà; è fuori questione che le decisioni di una serie di giudici provocate da una serie di tali azioni servirono a formare il lungo elenco dei modi naturali di acquisto della proprietà come ci è dato da Giustiniano. Codeste decisioni, vertano esse intorno alle obbligazioni del venditore dirette o indirette ovvero su il titolo profferito da l'una delle parti a sostegno del suo preteso diritto di proprietà legittimamente acquistato, in molti casi furono inspirate dai giureconsulti ma sempre furono emanate con carattere e forma di sentenze; in fondo però ciò non basta a togliere loro qualità di norme consuetudinarie, perchè fu soltanto sotto l'impero che le opinioni dei giureconsulti presentate al giudice (*responsa prudentium,*

vedi § 59), ebbero quasi autorità di legge. Durante la repubblica il giudice si rivolgeva ai giuristi considerandoli come la più pura espressione della pubblica opinione; e le sentenze rese in tal modo formulavano a tutto rigore un diritto fondato su la consuetudine (633).

Quanto alla giurisprudenza professionale (634) si disse già secondo la testimonianza degli storici, che il diritto fu monopolizzato dai patrizii fino alla metà del quinto secolo di Roma, almeno. Livio lo dice *in penetralibus pontificum repositum* (635); e così dovette essere indubbiamente per la maggior parte del diritto nell'epoca regia. Ma dopo la pubblicazione delle XII Tavole, quando il diritto stava scritto alla vista di tutti i cittadini, codeste parole vogliono esser intese in un senso molto più stretto. Pomponio spiega come, appena fu pubblicata la legge decemvirale, si sentisse la necessità di persone esperte che la interpretassero e preparassero le formule delle azioni introdotte dalle nuove disposizioni (636). Questi due uffici toccarono naturalmente ai pontefici i quali soli per le condizioni del tempo potevano prestare l'opportuna assistenza; Pomponio infatti soggiunge che il collegio dei pontefici ogni anno sceglieva uno dei suoi membri per assistere i privati ed i *iudices* nelle controversie e negli atti giuridici. La *interpretatio* che ebbe origine così con i pontefici e continuò con i giureconsulti della repubblica, era, come Pomponio insegna, considerata parte del *ius*

---

(633) Le dottrine dei giureconsulti classici riconoscendo la necessità di una *longa inveterata consuetudo* non si applicavano alla formazione del diritto e nel fatto non si riferivano alla consuetudine generale ma al costume particolare su cui fondavano qualche deroga al diritto comune.

(634) RUDORFF *Röm RG.* I §§ 62-65. — SANIO *Zur Geschichte der Röm. Rechtswissenschaft* Königsberg 1858. — GRELLET-DUMAZEAU *Études sur le barreau Romain* 2.ª ediz. Paris 1858. — DANZ *Geschichte d. Röm. Rechts* I § 49. — KARLOWA *Röm. Rechtsg.* § 61. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del Diritto Romano* p. 107 e 109 r. — LANDUCCI *Storia del D. R.* p. 30. — COGLIOLO *Storia del D. R.* Firenze 1887 pag. 160 e seg.].

(635) Liv. IX 46, 5.

(636) Pompon. in Dig. I 2, 5, 6. Su la funzione dei pontefici nella redazione delle formule delle azioni dopo le XII Tavole vedi BEKKER *Aktionen* I 68. —

civile; non comprendeva però soltanto la spiegazione delle parole della legge ma in certe cose ne allargava il significato restringendolo in altri, giungendo sino a dedurre nuove dottrine dall'immutato *ius scriptum*, a svolgerle ed esporle (637).

La influenza dei pontefici sul diritto fu grandemente diminuita per la pubblicità che Cn. Flavio, segretario di Appio Claudio Ceco (forse ad istigazione del padrone), dette l'a. 450 u. al formulario delle azioni ed al calendario dei giorni legittimi e non legittimi; questi primi documenti giuridici presero nome di *ius flavianum* (638). L'uso adottato in sul principio del sesto secolo da Tiberio Coruncanio, il primo pontefice massimo plebeo, di dare pareri giuridici in pubblico, valse a divulgare ancor più la scienza del diritto (639); il *ius aelianum*, circa cinquanta anni dopo, ne fece il patrimonio dei secolari non meno che del collegio dei sacerdoti (640). Da quest'epoca datano una serie di giureconsulti (*prudentes*), gradatamente maggiori di numero e di merito, che ci è tramandata da Pomponio. Cicerone dà notizie intorno ai più celebri di essi, specialmente nell' *Orator* e nel *Brutus* (641). Codesti *prudentes* attendevano a dar consigli ai clienti, ad insegnare (642),

---

(637) Vedi esempi di ciò in Voigt *Ius naturale* III 287-294.

(638) Liv. IX 46. — Gell. *n. a.* VII 9. — Pompon. in Dig. I 2, 2, 7.

(639) Cic. *de Orat.* III 33, 134. — Pompon. in Dig. I 2, 2, 31 e 38.

(640) Questa compilazione di *Sext. Aelius Paetus* (console nel 566 e censore nel 560) conteneva le XII Tavole, la *interpretatio* loro fino al suo tempo, e le formule adatte alle *legis actiones* (le quali, non ostante la legge ebuzia erano ancora largamente usate); questo triplice contenuto dette al *ius aelianum*, pare, anche il nome di *tripertita*. — Pompon. in Dig. I 2, 2, 7 e 38. — Voigt *Ueber das Aelius-und Sabinus System* Leipzig 1875.

(641) È notevole che Pomponio ricorda Cicerone soltanto per i suoi pregi oratorii (in Dig. I 2, 2, 43), e non dice della molta stima in cui l' ebbero come giureconsulto i suoi successori dell'epoca imperiale. Gellio (*n. a.* I 22, 7) afferma che egli fu autore di un libro sul metodo scientifico di elaborare il diritto, *De iure civili in artem redigendo*. Su questo vedi: Dirksen *Hinterlassene Schriften* Leipzig 1878, I 1 e seg.

(642) Fin verso la metà del settimo secolo i giovani che avevano compiuti gli studii inferiori, si istruivano nel diritto ascoltando i consulti quotidiani di un patrono di molta fama; per ciò appunto un numeroso seguito di *auditores* era tenuto in conto di grande onore, come il seguito di molti

a discutere cause in tribunale, a redigere formule di contratti di testamenti e di altri atti giuridici, ovvero a scrivere commentari, piccoli trattati, su i vari rami del diritto. Fra essi vogliono ricordarsi i due Catoni — M. Porcio Catone Censorio, il quale appunto scrisse alcuni commentari al *ius civile* — e il figlio di lui M. Porcio Catone Liciniano autore della famosa regola in materia di legati nota sotto nome di *regula Catoniana* (643); — Quinto Mucio, l'augure, che vecchio dette le prime lezioni di diritto a Cicerone ed all'amico di lui Attico; — Publio Mucio cugino del precedente; — massimo dei tre (644), Quinto Mucio figlio di Publio che, al dir di Pomponio, scrisse sistematicamente su i temi del *ius civile*, disponendo tutta la materia in 18 libri (645) dei quali pochi passi esistono nel Digesto Giustinianeo — P. Rutilio Rufo, autore delle norme sui fallimenti ricordate da Gaio (646); — C. Aquilio Gallo che introdusse la *actio* e la *exceptio de dolo* e la stipulazione aquiliana (647); — Servio Sulpicio Rufo, ben spesso citato da Gaio e da Giustiniano, risguardato dai contemporanei come il massimo dei giureconsulti e, dopo Cicerone, il massimo degli oratori (648); — Aulo Ofilio (scolare di Servio ed intimo amico di Cesare) che scrisse a lungo su l'editto del pretore (649); — Alfeno Varo (altro discepolo

---

clienti (Cic. *Orat.* XLII 143). Più tardi alcuni giuristi dettero opera regolarmente ad un più diretto insegnamento, sia con la *institutio* nei principii generali del diritto, sia con la *instructio* nei punti speciali. Pomponio (Dig. I 2, 2, 43) dice di Servio Sulpicio che egli ascoltò (*audiit*) i giuristi di grido, cioè presenziò ai consulti che essi davano e nello stesso tempo fu *instituito* da Lucilio Balbo ed instrutto da Aquilio Gallo.

(643) Tit. Dig. *De Regula Catoniana* XXXIV 7.

(644) Vedi Schneider *Die Drei Scaevola Ciceros* München 1871.

(645) Pompon. in Dig. I 2, 2, 41.

(646) Gai. III 77-79.

(647) Cic. *de off.* III 14, 60, *de nat. Deor.* III 30, 71. — Iust. *Inst.* III 29, 2.

(648) Vedi Cic. *Brut.* 40-42. — Pomponio (vedi § 53 n.) in Dig. I 2, 2, 43 e 44) dice che fu autore di 180 libri circa sui diversi rami del diritto, ma due soltanto, molto brevi, avevano per oggetto l'editto. Egli fu il primo a scrivere in tal materia.

(649) Pompon. in Dig. I 2, 244. — Pei suoi rapporti con Giulio Cesare e il suo progetto di codificare il diritto, vedi Sanio *Rechtshistorische Abhandl. u. Studien* Königsberg 1845 p. 68-126.

di Servio) le opere del quale sono frequentissimamente citate e ricordate nel Digesto (650); — infine Elio Gallo, autore del trattato *De Verborum quae ad ius civile pertinent significatione* che deve essere stato bene accolto quando il diritto romano fu penetrato nelle provincie a le quali la lingua latina era straniera (651).

---

(650) Molti brani e citazioni sono tolti da una epitome dei *Digesto* di Alfeno fatta da Giulio Paolo.

(651) Su le opere dei giureconsulti della repubblica in genere vedi SANIO *Zur geschichte d. Röm Rechtswissenschaft* Königsberg 1858. — FERRINI *Storia delle Fonti del Diritto Romano* Milano 1885. — ROBY *An Introduction to the study of Justinian's Digest* Cambridge 1884 cap. VII e VIII. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 109 t. e seg.].

CAPO III.

Cangiamenti sostanziali nel Diritto.

§ 51.

Cittadini Latini e Peregrini.

Come si può rilevare dalle cose sin qui discorse, il diritto manifestò i proprii progressi, nella seconda metà della repubblica, mediante la estensione dei suoi benefici effetti ai non cittadini. Pochi anni prima dell'impero il numero dei cittadini era stato di molto aumentato con la concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti della Italia; non v'era più peregrino che non godesse del *conubium* e del *commercium* con Roma, come ne avevan goduto in antico i Latini ed altri alleati di lei (p. 117 n. 230). Ora però fra la cittadinanza e la peregrinità esiste un nuovo stato intermedio, noto sotto nome di *latinitas* o di *ius Latii,* che si distingue pel godimento del *commercium* e non del *conubium.* Pare che sia sorto in qualche colonia latina, privata per ragioni politiche del pieno godimento dei diritti concessi già prima al *nomen latinum.* Alcuni comuni della Gallia Transpadana ebbero questo nuovo *ius Latii* nel 665 e lo conservarono finchè fu loro concessa la piena cittadinanza; certi municipii Italiani, specialmente Etrusci, lo sostituirono alla cittadinanza nel 673; e Cesare man mano lo estese agli altri comuni della Gallia Transpadana e della Gallia Narbonense. Al cadere della Repubblica questo stato più non esisteva in Italia, ma era largamente sparso nelle provincie occidentali. Fra i vantaggi che provenivano agli abitanti dei municipii (continuavano essi a dirsi *latini coloniarii*) da tale condizione giuridica, era la facoltà di potere conseguire in moltissimi modi con l'opera personale la piena dignità del cittadino romano, il che non era consentito a un peregrino non latino; questo si tro-

vava in condizione deteriore di fronte ai *latini* anche per ciò che egli non poteva prender parte per qualsivoglia motivo ad un atto *per aes et libram*, nè contrattare nelle forme solenni della *sponsio* o in quelle della *literarum obligatio*. Questi svantaggi però, ogni giorno più apparivano di minor momento; perchè le convenzioni ordinarie al commercio erano state rapidamente spogliate da ogni formalità che loro fosse derivata dall'antico *ius civile* e rinnovate in tal modo in guisa da potersi usare dai cittadini e dai non cittadini ad un tempo.

§ 52.

Il diritto di proprietà e l'editto publiciano (652).

Come è naturale durante questo periodo avvennero molti cangiamenti nel diritto di proprietà e negli altri diritti reali. Molti modi naturali di acquisto della proprietà furono riconosciuti dai giudici cui di frequente era demandata la questione se o no una *res nec mancipi* appartenesse alla parte che aveva intentata la *rei vindicatio*. Il favore accordato ai peregrini non poteva essersi fermato a riconoscer loro un diritto di proprietà su i mobili, benchè non avessero un *dominium ex iure Quiritium* (653). Le terre nelle provincie appartenevano allo Stato e quelli che le occupavano avevano a tutto rigore su di esse soltanto un diritto di usufrutto o di possesso (654);

---

(652) Vedi RIBÉREAU *Théorie de l'in bonis habere ou de la propriété pretorienne* Paris 1867. — VOIGT *Ius nat.* IV 470 e seg. (app. XXI). — HUSCHKE *Das Recht der Publicianischen Klage* Stuttgart 1874. — SCHULIN *rec. Kuschke* in Krit. V I Schr. 1876, XVIII 526 e seg. — LENEL *Beiträge* p. 1 e seg. — APPLETON *De la publicienne et de l'utilis vindicatio* Nouv. Rev. hist. 1885, IX 481 e seg.; 1886, X 276 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 525 e seg. — ASCOLI *L'origine del pegno e della ipoteca e l'editto publiciano* Firenze 1887].

(653) Argom. *Fragm. Dosithei* § 12 (*Coll. libror. iur. anteiust.* II 154.

(654) Gai. II 7, 21. — Sotto l'impero ad alcuni distretti favoriti fu concesso il così detto *ius italicum* il quale *inter alia* rendeva gli immobili di quel territorio suscettibili di *dominium ex iure quiritium* e di essere acqui-

ma nel fatto il possessore dicevasi averne il *dominium* ed era protetto da una azione che chiamavasi *vindicatio* (655). La usucapione non era più il resultato soltanto di un prolungato possesso (p. 157) ma ora si richiedeva inoltre che l'usucapiente avesse acquistato il possesso in buona fede con titolo sufficiente, benchè egli derivasse il suo diritto da chi non aveva la proprietà della cosa o da chi non poteva alienare, ovvero avesse trasourato di ricorrere ad una forma civile atta a trasferrire la proprietà (656). — La lista delle servitù prediali s'era grandemente accresciuta, come ne fa fede l'enumerazione di Cicerone là dove passa in rassegna le questioni giuridiche che sono, a suo dire, di competenza della corte centumvirale (657). Probabilmente nelle provincie, dove le forme civili di costituzione delle servitù erano inapplicabili, i governatori nei loro editti sanzionarono per la prima volta che esse potessero sorgere da patti e da stipulazioni; questi erano confortati da clausole penali per il caso in cui il costituente o gli eredi di lui disconoscessero all'investito od ai suoi successori l'esercizio del diritto conferito (658). — In quanto alle garanzie reali usavasi ancora largamente la *fiducia*, ma le erano sorti a fianco il *pignus* (consegna non formale di un mobile dal debitore al creditore perchè questi la trattenga fino al pagamento del debito) e la ipoteca (pegno convenzionale

---

stati e trasmessi con le forme del diritto Romano. Su questa materia vedi SAVIGNY *Verm. Schr.* I 29 e seg. — BEAUDOUIN nella Nouv. Rev. hist. 1881, V. 145 e seg.; 392 e seg.; 1882, VI 684 e seg. — HEISTERBERGK *Name und Begriff d. Ius Italicum* Tübingen 1885. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* pag. 397. — MARQUARDT *L'amministrazione pubblica romana* (trad. Solaini) Firenze 1887, I 96].

(655) *Vat. Frag.* 315 e 316.

(656) Non v'è prova diretta che questo cangiamento sia avvenuto durante la repubblica; lo si può argomentare dai requisiti della azione publiciana.

(657) Cic. *de Orat.* I 38, 173.

(658) Dig. XLV 1, 85, 3. Questo modo di creare una servitù era in apparenza una costituzione di diritto personale, ma nel fatto produceva un vero *ius in re*. Il riconoscimento dell'*usus et patientia*, come base sufficiente su cui mantenere una servitù, data soltanto dalla seconda metà dell'impero, cioè da quando si riconobbe la possibilità della quasi tradizione e del quasi possesso di una cosa incorporale.

senza consegna materiale e senza conseguente possesso del creditore), importati dalla Grecia e molto disformi dai principii romani ma di tanta pratica utilità da essere in breve estesi ad ogni creditore per qualsivoglia titolo, benchè in origine fossero limitati al diritto convenzionale di un proprietario di terre su gli schiavi i bestiami e gli attrezzi dell'affittaiuolo per garanzia dell'annuo canone (659).

Ma i più importanti cangiamenti nel diritto di proprietà durante questo periodo furono prodotti dall'editto publiciano (660) il quale indirettamente riconobbe la validità 1) di quello che Teofilo chiamerà poi *dominium bonitarium*, sorta di meno piena proprietà delle *res mancipi* e 2) di quella che prese nome di *bona fidei possessio*, sorta di fittizia proprietà di *res mancipi* e *res nec mancipi* valida contro tutti eccetto che contro al *dominus*. Le notizie giunte a noi di codesto editto sono alquanto vaghe e spesso contradditorie, ciò forse perchè ci è pervenuto dopo i rimaneggiamenti e le estensioni di una serie di pretori e perchè probabilmente era diviso in più di un paragrafo senza che oggi si possa conoscere a quale paragrafo si riferiscano i varii commentatori. Ma non vi è dubbio alcuno su la sua tendenza generale, su i bisogni a cui volle provvedere, e su i modi con cui riuscì nell'intento.

Il diritto doveva provvedere specialmente al caso in cui alcuno avesse tolto una *res mancipi* dal suo legittimo proprietario con la semplice tradizione anzichè con la *mancipatio* o con la *cessio in iure*, perchè così il cessionario non acquistava il *dominium ex iure quiritium* di cui

---

(659) Che per lungo tempo il pegno fosse in pratica ristretto ai mobili può senza fatica credersi; le ragioni di ciò si veggano in DERNBURG *Pfandrecht* Leipzig 1860, I 46. — Il linguaggio di Gaio (Dig. L 16, 238, 2) mostra come anche ai suoi tempi alcuni giureconsulti ritenessero che la parola *pignus* non fosse appropriata per gli immobili; ma con la sostanziale assimilazione del *pignus* alla *hypotheca* nel diritto recente la distinzione perdette ogni fondamento ed è espressamente sconfessata da Giustiniano (*Inst.* IV 6, 7).

(660) Vi fu un *M. Publicius Malleolus* pretore intorno al 509 ed un *Q. Publicius* pretore verso l'a. 687. Quest'ultimo era pretore l'anno prima di quell'Aquillio Gallo che al dir di Cicerone inventò le *formulae de dolo*. Non è credibile che la azione publiciana abbia precedute queste di più che un secolo e mezzo. — Vedi PERNICE *Labeo* II 158 n. 19.

il cedente restava legalmente investito; ciò vuol dire che quest'ultimo aveva ancora diritto di intentare la *rei vindicatio* e di evincere il cessionario pur avendo toccato il prezzo della vendita. D'altra parte se un terzo aveva ottenuto il possesso della cosa in guisa tale da non essere rimosso per virtù d'un interdetto, il cessionario non aveva contro di lui alcuna azione *rei vindicatoria* non potendo provare il *dominium ex iure quiritium*. La prima difficoltà fu tolta con la *exceptio rei venditae et traditae*, spediente pretorio secondo ogni probabilità più antico della azione publiciana [661]; alla *rei vindicatio* del cedente basata sul diritto quiritario ancor vivo in lui il cessionario opponeva la seguìta vendita e consegna, come difesa valida per il pretore. Ma quando il cessionario che ottenne la cosa senza mancipazione o cessione giudiciale doveva prendere la iniziativa contro il terzo possessore la bisogna era più ardua e complicata; perchè il terzo poteva essere in perfetta buona fede e poteva aver acquistato l'oggetto dall'originario proprietario e rafforzato il suo acquisto con un atto formale di trasferimento. Tutto ciò però non bastava, secondo equità, a togliere di mezzo il diritto del primo cessionario, perchè se questi avesse potuto possedere la cosa pel tempo necessario alla usucapione innanzi che il terzo entrasse in campo, avrebbe sanato il difetto della semplice consegna ed acquistato un incontrastabile diritto quiritario. Pertanto il pretore annunciò nel suo editto che se alcuno andava a lui e gli mostrava di aver avuto una *res mancipi* dal proprietario con semplice consegna, ma di averne perduto prima della usucapione il possesso, il pretore gli avrebbe accordata la *rei vindicatio* fondandola su una finzione di usucapione mediante la quale egli cessionario potrebbe agire tanto contro il cedente quanto contro qualsivoglia terzo possessore della cosa in questione.

La formula con cui il pretore rinviava in tal caso al giudice, invece di essere concepita con le semplici e piane parole: SI PARET HANC REM Q·D·A· EX IVRE QVIRITIVM A[I]·

---

(661) Deve essere stata più antica della generica *exceptio doli* perchè, se questa fosse stata in uso, l'eccezione speciale sarebbe stata inutile.

A[I] · ESSE... era redatta così: SI QVEM HOMINEM A[S]. A[S]. EMIT ET IS EI TRADITVS EST ANNO POSSEDISSET · TVM SI EVM HOMINEM Q · D · A · EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE OPORTERET. SI ARBITRIO TVO NON RESTITVETVR QVANTI EA RES ERIT CONDEMNATO · SI NON PARET ABSOLVITO (662). La concessione di questa azione — che, se bene di origine pretoria era sotto molti rispetti considerata come *actio iuris civilis,* anzi come una varietà della *rei vindicatio* — e la pubblicazione dell'editto su cui essa fondavasi ebbero lo stesso effetto di un provvedimento legislativo il quale disponesse che d'ora innanzi la pura e semplice consegna di una *res mancipi* per vendita o per altra simigliante giusta causa (663) avrebbe efficacia di concedere un diritto di proprietà anche prima della compiuta usucapione. Fino allora, il cessionario non è proprietario quiritario; la cosa in questione è soltanto *in bonis* di lui nel suo patrimonio, perchè il titolo legittimo benchè molto vuoto — il *nudum ius quiritium* (664) — restava al cedente (665) e solo con la completa usucapione passava al cessionario *pleno iure* (666). Inevitabile conseguenza del riconoscimento di questa proprietà *in bonis* fu che la mancipazione in molti casi si riguardò come formalità non necessaria; anzi fa meraviglia che essa continuasse a vivere con tanta persistenza. Ciò forse perchè serviva di base alle *leges nuncupatae* che accompagnavano il *negotium per aes et libram* (p. 150) e dava loro efficacia giuridica; molte di codeste *nuncupationes* pote-

---

(662) Gai. IV 36. — È notevole che Gaio non parla qui di *bona fides* da parte dell'attore benchè ai suoi tempi fosse certamente richiesta; il PERNICE (*Labeo* II 158 e seg.) argomenta da ciò che essa non fosse ricordata nell'editto.

(663) L'editto originariamente risguardava soltanto il caso della compravendita; tutte le altre applicazioni furono opera della giurisprudenza. [Ciò è dimostrato in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 526 *m*].

(664) Gai. I 54; III 166.

(665) Egli cessava da ogni profitto su la cosa trasferita (Gai. II 88; III 166). Ma secondo la dottrina del primo impero, il solo proprietario quiritario poteva effettuare la manumissione di uno schiavo per farne un cittadino (Gai. I 17. — Ulp. I 16), solo egli e non il proprietario bonitario diveniva tutore di un liberto non cittadino, d'età minore, o di una liberta (Gai. I 167. — Ulp. XI 19).

(666) Gai. II 41.

vano vantaggiosamente rivestire la formula della stipulazione ma altre era cosa migliore porle in essere secondo le disposizioni dell'antico diritto.

Il secondo caso contemplato dall'editto publiciano (è dubbio se non sia un'aggiunta più recente) risguardava il cessionario *bona fide* di una cosa trasferita per vendita o altro valido titolo quando questo avesse perduto il possesso di essa prima di aver compiuta la usucapione o fosse venuto a conoscere che il cedente non ne era il vero proprietario; quando cioè nessuna proprietà era passata in lui, ed egli in conseguenza non era in grado di intentare la *rei vindicatio* con la necessaria prova del *dominium ex iure quiritium* (667). Contro il vero proprietario, della proprietà del quale avesse un estraneo disposto, non era equo concedere un'azione; ma contro tutti gli altri il pretore riconosceva il diritto del cessionario e gli accordava una *rei vindicatio* basata sulla finzione di una completa usucapione; perchè la usucapione sanava i difetti del suo titolo come quelli del proprietario bonitario. In tal modo il pretore introdusse quella *bonae fidei possessio* che fu elaborata con tanta arte dai giureconsulti del primo impero e che raggiunse così grande sviluppo nel diritto Giustinianeo, quando il termine della prescrizione acquisitiva fu di tanto prolungato, quando crebbero in conseguenza le difficoltà di provare la proprietà come cosa diversa dalla *bonae fidei possessio*.

§ 53.

Sviluppo del diritto contrattuale (668).

È impossibile, nei limiti del presente lavoro, indicare nè pure una decima parte delle innovazioni portate al diritto contrattuale dal periodo che si distingue per il sor-

---

(667) Questo caso è il solo ricordato da Giustiniano (*Inst.* IV 6, 4). Egli aveva abolita ogni distinzione fra proprietà bonitaria e quiritaria e pertanto era inutile ai suoi occhi di citare anche l'altro.

(668) Vedi BECKER *Aktionen* I cap. 5-8 ed appendici D, E, F e vol. II

gere del *ius gentium* e per l'incremento dell'editto pretorio. In ogni parte del diritto delle obbligazioni si erano fatti passi da giganti; nelle obbligazioni che sorgono dal contratto, come in quelle che hanno radice in un delitto, in quelle che nascono dai fatti e dalle circostanze come in quelle che provengono da ingiusto arricchimento a danno altrui (669). Il diritto di garanzia, nelle sue tre forme della *sponsio, fidepromissio* e *fideiussio*, fu accuratamente elaborato e fu oggetto di provvedimenti legislativi a lo scopo di limitare la responsabilità dei mallevadori (670). La rappresentanza che era limitatamente ammessa in Roma ebbe un notevole impulso dall'editto pretorio il quale riconobbe la responsabilità più o meno grande del *paterfamilias* per i debiti contrattuali dei *filii familias* e degli schiavi, e inoltre lo chiamò a rispondere senza eccezione dei debiti contratti da le persone che egli avesse preposte al disbrigo dei suoi personali affari per conto suo o cui avesse affidato il comando di una sua nave (671), fossero codeste persone o non fossero soggette alla sua domestica autorità. Lo sviluppo del diritto in fatto di obbligazioni fu in genere grandemente facilitato grazie alla semplificazione della procedura per opera del pretore ed in virtù della introduzione di nuove forme di azioni; infatti l'istruzione al giudice — SI PARET A^S^ · A^S^ · N^O^ · N^O^ · DARE FACERE OPORTERE.... CONDEMNA · SI NON PARET ABSOLVE — preceduta da un accenno alla causa dell'azione, dava largo campo al riconoscimento di nuove fonti d'obbligazione.

In precedenti paragrafi (§§ 39-41) si espose la origine del contratto verbale di stipulazione ed il modo di farla valere in giudicio secondo le leggi silia e calpurnia (672).

---

cap. 15 e 16. — VOIGT *Ius nat.* III §§ 106-124 e vol. IV append. XIX e XXI. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 547-570].

(669) Tale obbligazione, che in genere impone il dovere della restituzione d'ogni ingiustificabile guadagno, occupa un grande posto nella pratica e nella dottrina di questo periodo e fin d'antico dette origine a varie massime come *Nemo cum alterius damno lucrari debet, Nemo damnum sentire debet per lucrum alterius,* etc.

(670) Vedi Gaio III 118-127.

(671) Gai. IV 69-74.

(672) La bibliografia su la stipulazione fu data a p. 241, § 39 n. 565.

Essa era teoricamente un contratto formale cioè un atto produttivo di obbligazione in virtù della formale domanda e risposta scambiata fra le parti, anche se nel fatto non fosse nulla dovuto da l'una all'altra parte [(673)]. Con l'andar del tempo invalse l'uso di introdurre parole — bastava a ciò la sola parola *recte* — le quali togliessero la obbligazione qualora l'altra parte avesse agito in mala fede (*clausola doli*) e da ultimo anche questa divenne inutile perchè i pretori introdussero la generale *exceptio doli* opponibile per ragioni di equità ad ogni azione personale. La stipulazione era produttiva di obbligazione soltanto unilaterale, cioè soltanto il rispondente alla domanda formale si obbligava; quando si voleva creare un vincolo reciproco doveva ciascuno dei contraenti obbligarsi per conto suo, e nascevano così due contratti da eseguirsi indipendentemente l'uno da l'altro. In origine si usavano le sole parole *spondes?* da una parte, *spondeo* dall'altra; in questa forma il contratto era *iuris civilis* e proprio dei soli cittadini (è incerto se ne potessero usare i non cittadini ammessi al *commercium*) [(674)]. Più tardi venne in uso anche la formola *promittis? promitto.* Ciò perchè queste parole non erano nuove nel diritto; infatti la frase *dicta et promissa* serviva da lungo tempo a qualificare le dichiarazioni di colui che trasferiva una cosa mediante mancipazione [(675)].

---

(673) Per esempio, se A prometteva a B (*spondes? spondeo*) una certa somma, B aveva per ciò solo azione contro A, benchè il denaro promesso fosse il prezzo di una cosa venduta e non consegnata da B. Ma poichè la stipulazione potè sempre essere condizionata o soggetta a qualche limitazione di tempo, il compratore poteva agevolmente difendersi dal pericolo di dover sborsare il prezzo senza avere la cosa, subordinando la sua promessa alla condizione della consegna.

(674) Si disse che questa limitazione della *sponsio* ai cittadini deve essere stata tolta in processo di tempo perchè, se bene Gaio (III 93, 119 e 169) la ricordi, nessun altro scrittore vi allude; ma la estensione della cittadinanza a tutti i liberi abitanti dell'impero fatta da Caracalla è senza dubbio sufficiente a spiegare tale omissione. Una ulteriore particolarità della parola *spondes* era che quando facevasi in garanzia non vincolava l'erede del garante (Gai. III 120; IV 113).

(675) Vedi *supra* p. 151. — Per la probabile relazione di queste parole con la *dextrae promissio* nella invocazione alla Fides vedi *supra* p. 55, § 12 n. 116.

Con questa formula la stipulazione fu usata a quanto pare tanto dai cittadini quanto, in qualche caso almeno, dai non cittadini; però non divenne d'uso fra i peregrini se non nelle più semplici forme *dabis? dabo, facies? faciam.*

In origine la stipulazione serviva soltanto a creare l'obbligazione di pagare una determinata somma di denaro; più tardi fu usata anche per la obbligazione di consegnare una data cosa diversa dal denaro; da ultimo, mercè la semplificazione delle parole di rito la sostituzione della *condictiones* del sistema formulare alle *legis actiones* delle leggi silia e calpurnia e la introduzione della *actio ex stipulatu* per la quale si proseguivano le obbligazioni con oggetto incerto, questo contratto potè servire a qualsivoglia impegno unilaterale. Nessun esempio di questa generale capacità è migliore della formula di stipulazione data da Aquilio Gallo, formula che precorse la egualmente generale e formale *solutio per acceptilationem:* QVIDQVID TE MIHI EX QVACVMQVE CAVSA DARE FACERE OPORTET OPORTEBIT PRAESENS IN DIEMVE · QVARVMQVE RERVM MIHI TECVM ACTIO · QVAEQVE ABS TE PETITIO VEL ADVERSVS TE PERSECVTIO EST ERIT · QVODVE TV MEVM HABES TENES POSSIDES POSSEDISTI DOLOVE MALO FECISTI QVOMINVS POSSIDEAS · QVANTI QVAEQVE EARVM RERVM RES ERIT TANTAM PECVNIAM DARI STIPVLATVS EST A^{S} · A^{S} · – SPOPONDIT N^{S} · N^{S} · (676). Questa formula era di immenso aiuto, oltre che ai contratti ordinari, a quelle che erano dette (in opposizione alle volontarie) necessarie stipulazioni. Per esempio, il proprietario il quale credesse compromessa la sicurezza della sua casa dalla minacciosa condizione della casa del vicino, poteva costringere quest'ultimo con l'impulso di gravi pene a promettere mediante stipulazione di prevenire ogni danno; — il tutore prima di assumere l'ufficio doveva mediante *cautio* (come dicevansi tecnicamente le stipulazioni necessarie) promettere che il patrimonio del pupillo non sarebbe nelle sue mani diminuito; — il procuratore comparendo in giudizio poteva essere obbligato

(676) Iust. *Inst.* III 29, 2.

a garantire con *cautio* all'altra parte che il mandante avrebbe ratificata l'opera sua; — l'usufruttuario prima di essere ammesso al godimento del suo usufrutto doveva nello stesso modo garantire i danni al proprietario e così via dicendo (677). Si obbligava così alcuno, mediante un contratto formale, a fare o non fare quello che già dovrebbe fare o non fare *ipso iure* per la semplicità del rimedio che ne derivava in caso di inadempimento della obbligazione, — una *actio ex stipulatu*.

Altra forma di contratto venuta in uso largamente nella seconda metà della repubblica, è quella detta volgarmente contratto letterale o, come Gaio la denomina con maggiore precisione, il *nomen transcripticium* (678). Nonostante la ricca letteratura di cui fu oggetto, bisogna riconoscere che in molti punti le nostre cognizioni sono incomplete ed incerte. L'opinione prevalente dopo che la scoperta del ms. di Verona ha fatto conoscere la descrizione che Gaio ne fa, e di poi generalmente seguìta, è che tale contratto sorgesse dall'annotamento sui privati registri che i censori esigevano fossero tenuti da tutti i cittadini, di qualunque condizione, con scrupolosa regolarità. Spesso gli scrittori non giuridici vi alludono; ma il testo su cui principalmente si fondano i moderni è l'orazione mutila di Cicerone per la difesa di Roscio. Questi era stato citato in giudizio da Fannio con una *actio certae*

---

(677) Vedi molti esempi di tali stipulazioni pretorie e giudiziali in Iust. *Inst.* III 18. — Vedi anche *infra* § 73.

(678) Bibliografia: Savigny *Ueber den Literalcontract der Römer* (1.ª edizione 1816, con aggiunte 1849) nei suoi Verm. Schriften I 205 e seg. — Keller in Sell's Jahrb. f. hist. und dogm. Bearbeit. des Röm. Rechts 1841, I 93 e seg. — Gneist *Die Formellen Verträge d. Röm. Rechts* Berlin 1845 p. 321 e seg. — Heimbach *Die Lehre vom Creditum* Leipzig 1849 pag. 309 e seg. — Pagenstecher *De literar. obligatione* Heidelberg 1851. — Danz *Gesch. d. Röm. Rechts* II 42 e seg. (quest'opera contiene un riassunto delle principali teorie ed una ricca bibliografia). — Gide nella Rev. de législ. 1873, III 121 e seg. — Buonamici nell'Archiv. Giurid. 1876, XVI 3 e seg. — Gide *Etudes sur la Novation* Paris 1879 p. 185 e seg. — Baron *Die Condictionen* Berlin 1881 § 11 e 12. — [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 554 *a-c*. — A fianco di questa *literarum obligatio* pare esistessero fin dai tempi di Plauto e di Cicerone altre forme scritte che Gaio (III 134) dice essere fonte di contratto let-

creditae pecuniae[679] per 50 mila sesterzi più l'usuale terzo in via di penale. Cicerone argomenta che codesto credito, come *certa credita pecunia*, poteva sorgere soltanto da mutuo stipulazione od espensilazione (nome volgare del contratto letterale) e poichè i due primi casi non si riscontravano nella specie, l'azione di Fannio doveva aver base nella *literarum obligatio*. Quindi l'oratore continua: « ma dove è la prova di ciò? Fannio ha prodotti i suoi *adversaria* (giornale, brogliaccio) che sono inutili; ma nei suoi *codices accepti et expensi* (libro di cassa) che potrebbero far fede del preteso debito di Roscio non è cenno di alcun incasso relativo a tale affare durante tre anni! ». Da ciò si concluse, togliendo altrove alcuni particolari, che quando un cittadino aveva annotato una attività nel

---

terale: *Praeterea literarum obligatio fieri videtur* CHIROGRAPHIS *et* SYNGRAPHIS *id est si quis debere se aut daturum se scribat.* — L'ORTOLAN (*Instit.* 3.ª ediz. II 216 e seg.) ammetteva che queste fossero vere forme di contratto letterale proprie ai peregrini, e per vero da Gaio non è possibile argomentare altrimenti. Il Padelletti però (*l. c.* p. 555) fondandosi su altri testi afferma che avevano efficacia soltanto probatoria. La differenza tra *chirographa* e *syngrapha* vedi in Ascon. *ad Verr.* II 36, 91.

La necessità di una forma generale contrattuale per i peregrini, rispondente alla *stipulatio* ed alla *expensilatio* dei cittadini, fa credere che i *chirographa* fossero ben presto riconosciuti come fonte di obbligazione dal pretore peregrino; Plauto ne parla nell'*Asinaria* recitata intorno all'anno 560 di Roma come di istituto già sviluppatissimo (*Asin.* IV 1, 1 e seg.); la giurisprudenza non può in questo tempo aver accolto forme straniere mirando alla pura *interpretatio* del *ius civile,* quindi la sanzione giuridica dei chirografi in Roma vuolsi ascrivere alla prima metà del VI secolo (nel 512 fu creato il pretore peregrino), ma *di fatto* erano certamente in uso fin da prima. — I chirografi appartennero all'editto del pretore peregrino come da Cicerone (*ad Att.* VI 1, 15) si può argomentare; è incerto se passassero da quello all'editto del pretore urbano e più se fossero accolti nell'editto adrianeo; Gaio continua a dire al suo tempo che i chirografi sono un *genus obligationis proprium peregrinorum* (III 134). — Forse il *pacta servabo* aveva tolto importanza alle *forme* contrattuali e poichè erano sparite le *literarum obligationes* non appariva necessario od opportuno di accogliere l'istituto straniero. — È vivo desiderio ancora di uno studio accurato e profondo su questo punto e su gli altri *istrumenti* economico-giuridici romani].

(679) Era stata introdotta dalla legge silia in relazione alla *legis actio per condictionem* (vedi *supra* § 40) e trasportata nell'editto pretorio sotto le vesti della *actio certae creditae pecuniae* (Gai. IV 13).

suo *codex* (è molto controverso se questo avesse natura di libro di cassa o di mastro) a debito di un altro, quest'ultimo fosse ritenuto suo debitore di una somma proseguibile con una *actio certae creditae pecuniae.*

Gaio nella sua descrizione del contratto (680) non fa menzione di *codices;* ma la sua narrazione non è inconciliabile con l'ipotesi che i *nomina,* i crediti, di cui egli parla fossero posti in essi. Egli dice che quei crediti erano di due sorta, *nomina arcaria* e *nomina transscripticia.* I primi erano attività provenienti da mutui fatti a denaro contante; essi, dice Gaio, non creavano obbligazione ma soltanto servivano a prova di un contratto creato con la materiale dazione del danaro al mutuante; gli altri erano di due qualità, — il *nomen* trascritto da cosa a persona ed il *nomen* trascritto da persona a persona; l'uno e l'altro però non solo stavano a prova delle obbligazioni corrispondenti ma le creavano direttamente. Il primo *nomen* si faceva dal creditore (A) il quale portava a carico del suo debitore (B) il preciso ammontare di quello che era stato convenuto come prezzo di alcuna cosa venduta, come rendita di una casa appigionata, come pagamento di un lavoro fatto, o simile. — Il secondo facevasi da A trascrivendo il debito di B a carico di un terzo (C) che diveniva debitore di B e che doveva aver consentito alla trascrizione; A accreditava B della somma così iscritta contro C e nello stesso tempo B nei suoi libri accreditava C (*acceptilatio*) e addebitava A (*expensilatio*).

Tutto ciò a prima vista pare costituire una serie di operazioni di cassa; ma per i cittadini romani era assai di più. Vi fu un tempo in cui la vendita la locazione e simili atti, per sè soli non creavano alcuna obbligazione proseguibile in diritto, benchè fossero obbligatorii innanzi alla *fides*, o, come i moderni direbbero, innanzi al tribunale della coscienza; per avere azione dovevano essere rivestiti di qualche forma approvata dal *ius civile.* Il *nexum* (§ 31) può essere stato una di tali forme, il compratore e il conduttore considerandosi in via di finzione come mutuatario

(680) Gai. III 128-134.

del prezzo o della pigione dovuta per la compera fatta o per la conduzione; la stipulazione era un'altra di tali forme e la obbligazione di pagare il prezzo o l'affitto era legalmente efficace perchè rivestita dell'atto formale di domanda e risposta. Ma la stipulazione era possibile soltanto *inter praesentes* là dove la *expensilatio* poteva usarsi anche *inter absentes* (681). Questo particolare dava in molti casi alla espensilazione — che, in origine almeno, era un *negotium iuris civilis* al pari della *sponsio* (682) — un vantaggio sulla stipulazione. Ma aveva anche questo vantaggio, che non fu colpita dal riconoscimento dei contratti reali

(681) Gai. III 138. — Molti scrittori ritengono che la iscrizione nel *codex* del debito creato già prima con una convenzione non formale desse vita alla obbligazione letterale volente o nolente il debitore; ora ciò repugna all'idea di contratto. Gaio nulla dice di ciò a proposito del debitore assente; Teofilo (*Paraphr. Inst.* III 21, 2) parla di una espressa autorizzazione data al creditore; anzi fa consistere la *literarum obligatio* in un atto del debitore stesso e la dice scritta a richiesta del creditore di pugno del debitore, il quale dichiara di obbligarsi così a pagare la somma dovuta già per qualche contratto reale consensuale verbale. È possibilissimo che, sotto l'impero e dopo i tempi di Gaio, tale documento fosse considerato come una *literarum obligatio*, ma il contratto letterale dei tempi della repubblica e del primo impero era ben diverso ond'è necessario affidarsi al racconto di Gaio. Tuttavia si può desumere da Teofilo che il debitore dovesse acconsentire. E non è cosa improbabile che in antico, prima che la vendita e gli altri contratti dessero luogo di per sè ad azione, la cosa venduta non fosse consegnata al compratore finchè questi non dette facoltà al venditore di iscrivere sui registri il credito.

(682) Gaio dice che, mentre tutti ammettevano essere propria dei soli cittadini la *transcriptio a persona in personam,* era controverso nel periodo imperiale se potessero i peregrini usare della *transcriptio a re in personam.* Si può argomentare dall'aneddoto di C. Canio e Pizio, il banchiere siracusano, che al tempo di Cicerone (il quale riferisce l'aneddoto in *de off.* III 14, 58-60) fosse in uso fra peregrini; vero è che Pizio, pur vivendo in una provincia, poteva essere cittadino romano. In ogni modo da codesto passo deriva una maggior chiarezza intorno agli effetti del *nomen*. Venendo a conoscere che Canio cercava una villeggiatura, Pizio, il quale era proprietario appunto di una villa, lo invitò a pranzo seco pel giorno seguente. Nel frattempo pagò alcuni pescatori perchè fingessero di ritrarre piene di pesci le reti gettate nel seno di mare finitimo alla villa e recassero i pesci a lui nel momento opportuno; inoltre si accordò con alcuni cacciatori perchè recassero una copiosa cacciagione a Canio dicendo di averla presa nei dintorni. Tutto andò bene, e il luogo pieno di tante attrattive parve a Canio quello appunto che egli cercava. Pizio finse a lungo di non voler cedere la sua

e consensuali come produttivi di per sè di obbligazione legittima; ciò che aprì la via alle più recenti trascrizioni da persona in persona. Queste ultime devono essere state di immensa utilità nel commercio, non solo consentendo ai viaggiatori di fare a meno di molto numerario,

---

villa per prezzo alcuno; finchè Canio riuscì a strappare al reluttante proprietario il consenso alla vendita. Naturalmente Canio non aveva con sè il necessario denaro; ma l'astuto Pizio comprese che se poneva tempo in mezzo l'altro poteva scoprire la frode e non più concludere il contratto; perciò produsse i suoi libri ed inscrisse il credito: *nomina facit negotium conficit.* Così Canio divenne suo debitore non per il prezzo convenuto della villa, ma per la iscrizione del *nomen* a suo carico proseguibile con una *actio certae creditae pecuniae;* e poichè la *exceptio* e l'*actio doli* non erano ancora state inventate, Canio non aveva mezzo di sfuggire alla frode di cui era stato vittima. A proposito di questo incidente giova notare che sono controversi l'autore e la data della *exceptio doli.* Cicerone (*l. c.* § 60) dice che Canio non aveva eccezione contro l'azione che Pizio poteva fondare sul *nomen,* e non aveva azione per suo conto per annullare il contratto o chiedere risarcimento di danni perchè Aquilio Gallo non aveva ancora create le sue *formulae de dolo.* Non pare possibile che Cicerone, parlando così in plurale, si riferisse a cosa diversa dalla *exceptio doli* e della *actio de dolo;* ed in tal caso, poichè Cicerone parla di cosa fatta sotto i suoi occhi da un suo amico e collega nella pretura, è difficile dubitare della sua asserzione. Però, da un frammento di Ulpiano (in Dig. XLIV 4, 4, 31; in esso codesto giureconsulto dice che un certo pretore Cassio non reputò necessario proporre una *metus causa exceptio* ritenendo sufficiente la *exceptio doli* tanto per il caso della frode quanto per il caso della violenza) alcuni scrittori moderni argomentano che Aquilio Gallo inventasse la *actio de dolo* e Cassio la *exceptio doli.* Ma da Ulpiano si può ricavare questo soltanto che Cassio, mentre introdusse la *actio quod metus causa* (la quale, al contrario della *actio de dolo,* valeva non solo contro il vero colpevole, ma anche contro i terzi che avevano tratto partito della violenza usata) non giudicò necessaria la corrispondente eccezione perchè già esisteva bastevole a codesto scopo l'*exceptio doli.* Questa è l'opinione dell'Haenel *Die actio und exceptio doli* nell'archiv. d. Civil. Praxis XII 410 e seg. e dello Schneider *Die actio doli mali* nei suoi *Subsidiäre Klagen des Röm. Rechts* Rostock 1834, p. 314 e seg. — Il contrario avviso è espresso dal Rudorff *Die Octavianische Formel* nella Z. f. gesch. RW. XII 166 e seg. e del Vangerow *Lehrb. d. Pandekten* 7.ma ediz., 1 318 e seg. — Il ragionamento di codesti due chiarissimi scrittori è tutt'altro che convincente; essi dicono che la *exceptio doli* fu introdotta assai prima di Aquilio. Ma tale *exceptio* era quella appunto che occorreva a Canio per respingere l'azione di Pizio basata sul contratto letterale; se essa era antica così come il Rudorff ed il Vangerow credono, perchè Cicerone dice che Canio non aveva mezzi di difesa mancando ancora le *formulae aquilianae de dolo?* È possibile che nel passo di Ulpiano *Cassius* sia un errore per *Gallus.* Secondo l'Augustinus

ma anche evitando i rischi del trasporto di denaro a grandi distanze. Questo portò, come Teofilo dice, alla conversione delle obbligazioni stipulatorie in obbligazioni letterali; ciò non perchè il creditore avesse un titolo migliore di fronte al suo debitore, ma una obbligazione fatta in tal guisa si prestava agli affari e sotto questo aspetto era più vantaggiosa (683).

Lo sviluppo dei quattro contratti consensuali — vendita locazione società e mandato — offre materia ad uno dei più importanti capitoli della storia del diritto. Non ebbero, e non potevano averla, la stessa precisa evoluzione; ma la società e il mandato per loro natura, pur avendo preso le mosse da punti diversi e procedendo per vie molto discoste, raggiunsero con gli altri due contratti una medesima meta divenendo tutti produttivi di obbligazioni per virtù soltanto del consenso scambiatosi fra le parti. Un breve saggio della storia del contratto di vendita può bastare a mostrare i principali momenti dello sviluppo di tutti e quattro codesti contratti (684).

Risalendo nei tempi quanto la storia lo permette, noi troviamo la vendita sotto i nomi di *emptio* e *venditio*, ma questi significavano soltanto scambio, perchè *emere* in origine valeva soltanto prendere o acquistare (685). Il be-

---

(*De nominib. iurisconsultor.* Tarragona 1579 col. 241 e 242) il nome semplice occorre più frequentemente nel Digesto dell'intero nome *Aquilius Gallus* o *Gallus Aquilius;* inoltre le probabilità di un errore dell'ammanuense crescono per ciò che negli antichi manoscritti il C ed il G si confondono ben spesso e la *s* lunga rassomiglia ad un *l;* così è anche nel codice fiorentino.

(683) La delegazione (sostituzione di un proprio debitore fatta dal debitore principale) non accompagnava di necessità il contratto letterale benchè fosse cosa usuale durante l'impero quando l'uso di tenere i registri domestici era venuto meno. Ma v'è ragione di credere che in origine la *literarum obligatio* importasse una regolare trascrizione su i libri di tutte le parti.

(684) La bibliografia della storia del contratto di vendita è ricchissima, ma la maggior parte dei lavori si trova nei periodici. Basterà citare Bechmann *Gesch. d. Kaufs in Röm. Recht* Erlangen 1876. — Bréard nella Nouv. Rev. hist. 1882, VI 180 e seg.; 1883, VII 536 e seg.; VII 395 e seg. — Mommsen *Die röm. Anfänge von Kauf. u. Miethe* nella Z. d. Sav. Stift. 1885 N. S. VI 260 e seg. [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 563 *h*].

(685) Fest. v. *Redemptores* p. 270 M. — Paul Diac. v. *Abemito* p. 4 M. e v. *Emere* p. 76 M.

stiame (*pecus*, quindi *pecunia*) deve esser stato per qualche tempo il mezzo principale degli scambi, finchè almeno venne l'uso di pesare su le bilancie il rame in verghe. Ma si era sempre allo scambio; immediata consegna di un oggetto contro la corrispettiva consegna di alcune libbre di rame in verghe. Con le riforme di Servio Tullio si formò la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* e con essa fu creata una regolare mancipazione per la vendita ed il trasferimento delle prime (§ 13). Si era ancora alla permuta; ma nel frattempo si riconobbe l'obbligo da parte del cedente di una *res mancipi* di garantire il cessionario dal pericolo della evizione, — garanzia che era sottintesa nella mancipazione (vedi p. 147). Se questa regola sorgesse con la mancipazione o fosse un portato della consuetudine non si può determinare; ma è probabilissimo che le XII Tavole stabilissero la misura della responsabilità del cedente in caso di evizione, nel doppio del prezzo (686). È del pari impossibile dire quando sorgesse la pratica di incorporare dichiarazioni garanzie e simili modalità (*leges mancipii*) nella mancipazione che per essere un *negotium iuris civilis* dava loro efficacia obbligatoria. Esse ebbero sanzione dalle XII Tavole con le ben note parole CVM NEXVM FACIET MANCIPIVMQVE VTI LINGVA NVNCVPASSIT ITA IVS ESTO.

La sostituzione della moneta coniata al rame greggio in verghe, sostituzione che vuolsi opera dei decemviri, cangiò il corrispettivo d'uno dei contraenti in *pretium* e lo distinse dalla *merx* profferta dall'altro; in tal modo la vendita si svolse dalla permuta (687). Per tale separazione della mancipazione dal pagamento del prezzo o per la degenerazione di codesta forma in una vendita imaginaria (688) i decemviri disposero inoltre che, nonostante la fatta mancipazione, la proprietà della cosa venduta non passasse al compratore finchè questi non ne avesse pagato il prezzo o non avesse dato al venditore mallevadori (*vades* (689))

(686) Paul. *Sent.* II 17, 1 e 3.

(687) Paul. in Dig. XVIII 1, 1 pr.

(688) Gaio I 119: *Imaginaria venditio.*

(689) Il *Vadimonium* (come era detta l'obbligazione dei *vades*) era uno dei

del pagamento; ed è probabile che la interpretazione dei pontefici aggiungesse a codesta regola che nessuna responsabilità per l'evizione colpirebbe il *mancipio dans* (o *auctor*) finchè non fosse avvenuto il pagamento del prezzo. La ragione della disposizione delle XII Tavole sta in ciò che il venditore il quale avesse mancipata e consegnata una cosa prima di toccarne il prezzo, non aveva azione per reclamare il pagamento del denaro dovuto dal compratore; in tale condizione di cose si pensò giusto di concedergli facoltà di riavere la cosa con una azione reale. Poteva darsi anche che il prezzo fosse stato pagato e che il venditore rifiutasse di mancipare la cosa; a quanto pare dovè passare molto tempo innanzi che il compratore avesse un mezzo giuridico di spingerlo a ciò fare; ma per la introduzione della *legis actio per condictionem* (§ 41) ebbe senza dubbio facoltà di ripetere il denaro sborsato con il titolo dell'ingiusto arricchimento del venditore in quanto che questi aveva preso il denaro per uno scopo che poi non aveva avuto effetto (*causa data causa non secuta*); e forse prima della *condictio* ebbe un simigliante rimedio nella *per iudicis postulationem* (§ 35).

Da questo momento, cioè dal principio del sesto secolo, derivavano tre distinte obbligazioni dalla vendita di *res mancipi;* niuna però sorgeva direttamente dalla vendita per sè, o poteva essere proseguita sul semplice fondamento dell'avvenuto contratto. Il venditore era obbligato a sottentrare al compratore contro le azioni mosse dai terzi che volessero disconoscere il diritto di quest'ultimo, ed a pagargli il doppio del prezzo toccato nel caso in cui il terzo riuscisse vincitore; inoltre lo stesso venditore era tenuto a risarcire al compratore tutti i danni che gli fossero derivati dalla deficienza della quantità garantita, dalla non esistenza di servitù che avesse dichiarato sussistere a vantaggio del fondo, dalla esistenza di altre da le quali avesse asserito libero il fondo stesso (690), dalla incapacità

---

contratti formali delle XII Tavole, ma cadde in disuso in epoca relativamente remota. Vedi *supra* p. 162-163 e Gell. *n. a.* XVI 10, 8.

(690) Cicerone dice (*de Off.* III 16, 65) che i giureconsulti ritennero responsabile il venditore dei vincoli e dei difetti della cosa che avesse ta-

al lavoro di uno schiavo ceduto come sano ed adatto, e così via dicendo. Ma tali obbligazioni vincolavano non già in virtù della vendita per sè, bensì in grazia dell'atto *per aes et libram* che le rivestiva; e se il venditore doveva qualche volta restituire il prezzo in mancanza della cosa venduta, ciò era non perchè avesse commessa una violazione del contratto ma perchè si era ingiustamente arricchito a danno del compratore.

Nella vendita delle *res nec mancipi* come in quella delle *res mancipi*, il venditore che fosse stato tanto incauto da consegnare la merce prima di essere stato pagato, o di aver avuto mediante stipulazione garanzia del pagamento, o di aver cangiata la obbligazione in un contratto letterale, poteva proseguire la cosa con una azione reale quando il pagamento era oltre il dovere ritardato; per contro il compratore il quale avesse pagato in anticipazione e non avesse ancora avuto consegna della cosa. poteva ripetere il suo denaro dal venditore con il titolo dell'ingiusto arricchimento. Ma poichè la mancipazione non era necessaria — come alcuni credono, giuridicamente non usabile — per trasmettere la proprietà delle *res nec mancipi,* si doveva aver ricorso a qualche spediente diverso dall'atto *per aes et libram* a fine di imporre al venditore le obbligazioni in garantia della evizione, dei difetti della cosa, e simili. Può darsi, fino a che il commercio non diede vaste proporzioni anche ai contratti fra cittadini. che un compratore stesse contento in parte alla onestà del suo venditore, in parte alla certezza che quest'ultimo doveva avere di essere proseguito per furto se la cosa venduta apparteneva ad altri (691), ed in parte alla massima comune a tutti i tempi e a tutti i luoghi *caveat emptor*. Nei contratti fra cittadino e peregrino deve aver avuto luogo un diverso insieme di regole, perchè le dispute fra di essi erano demandate ai recuperatori (p. 238)

---

ciuti e lo colpirono della *poena dupli* come se avesse garantita la libertà ed il buono stato della cosa; ciò benchè le XII Tavole si accontentassero della affermazione orale (*uti lingua nuncupassit ita ius esto*).

(691) Gai. II 50: *In rebus mobilibus ... qui alienam rem vendidit et tradidit furtum committit.*

le decisioni dei quali erano rette principalmente da considerazioni di naturale equità. La diffusione della stipulazione facilitò un ulteriore passo, reso necessario dai cresciuti rapporti coi forestieri e dall'abbandono dei recuperatori.

Si trova nelle fonti parola di una *satisdatio secundum mancipium*, di una *stipulatio habere licere*, e di una *stipulatio duplae*.

La natura di codesta *satisdatio* è molto oscura; sembra che fosse collegata con la mancipazione; forse era la garanzia dello *sponsor* per le obbligazioni imposte al venditore nell'atto *per aes et libram* mediante i *verba nuncupata*.

La stipulazione *habere licere* occorre in Varrone, in una raccolta di formole per la vendita di pecore buoi e simili, formole che in parte, secondo che dice Varrone, sono abbreviazioni di quelle di M. Manilio console dell'anno 605 (692). Questa era la garanzia del venditore di una *res nec mancipi* o di una *res mancipi* venduta senza mancipazione; per essa il compratore aveva assicurato il pacifico godimento della cosa comprata e aveva facoltà di protestare i danni, in caso di evizione, non già secondo una prestabilita misura ma in ragione del danno risentito. Non deve però essere stata introdotta prima della *lex aebutia* e prima che il pretore avesse formulata l'*actio ex stipulatu* (§ 71).

L'idea della *stipulatio duplae* può essere derivata dalla pena del *duplum* che il venditore incorreva in caso di evizione a favore di colui che aveva comperata alcuna cosa mediante mancipazione; infatti una delle sue più antiche manifestazioni era nell'editto degli edili curuli (§ 50 in fine) che la stabiliva per gli acquisti di schiavi (693) probabilmente perchè i mercanti erano la maggior parte forestieri e quindi non ammessi a completare le loro vendite per *aes et libram*. Giudicando da Varrone era una forma di sti-

---

(692) Varr. *de r. r.* II 2, 5 e 6; II 5, 11. In altre parti del libro secondo vi sono altre formule applicabili alle vendite di porci, capre, asini, e simili; le due citate si riferiscono alla vendita di pecore e di buoi.

(693) Ulp. in Dig. XXI 2, 37, 1.

pulazione contro la evizione usata a quest'epoca soltanto nelle vendite degli schiavi (694); per accordo delle parti poteva essere limitata al *simplum*.

Lo stesso scrittore c'insegna — cosa che del resto si rileva anche da vari passi di Plauto — che il venditore poteva contemporaneamente e nel corpo della stessa stipulazione garantire che la pecora o il bue di cui si trattava erano sani di sana origine ed esenti da difetti e che codesti animali non avevano commesso alcun danno di cui il proprietario dovesse rispondere in un processo di *noxa;* e che del pari uno schiavo venduto era sano e non imputato di furto od altro delitto di cui il compratore potesse essere chiamato a rispondere. Se alcuna di tali obbligazioni era inadempiuta, il compratore aveva una *actio ex stipulatu* contro il venditore: QVOD A^S · A^S · STIPVLATVS EST ILLASCE OVES Q · D · A · SANAS RECTE ESSE VTI PECVS OVILLVM QVOD RECTE SANVM EST EXTRA LVSCAM SVRDAM MINAM NEQVE DE PECORE MORBOSO ESSE · HABEREQVE RECTE LICERE . QVIDQVID OB EAM REM N^M · N^M · A^O · A^O · DARE FACERE OPORTET · EIVS IVDEX N^M · N^M · A^O · A^O · CONDEMNATO · SI NON PARET ABSOLVITO.

Il Becker ha osservato (695) che l'*actio empti* nella sua forma originale era appunto una semplificazione dell'*actio ex stipulatu*, derivante dalle obbligazioni contrattuali del venditore; le stipulazioni a cui si alluse divennero così un imprescindibile accompagnamento delle vendite in via di presunzione di legge; in conseguenza le parole QVOD A^S · A^S · DE N^O · N^O · OVES Q · D · A · EMIT, furono sostituite dalla *demonstratio* (com'era detta la clausola introduttiva della formula) con il particolareggiato racconto di quello che era stato stipulato. Il Becker giustifica questa ipotesi con le parole di Varrone (696) le quali paiono includere sotto la denominazione *emptio venditio* non soltanto la convenzione di compra vendita, ma anche le stipulazioni che generalmente l'accompagnano.

---

(694) *De r. r.* II 10, 5 paragonato con le formule per la vendita di pecore ed altri animali.

(695) BECKER *Aktionen* I 158.

(696) BECKER *l. c.* p. 157, n. 72.

La introduzione di una *actio empti* in questa forma, non porta al riconoscimento della vendita come contratto puramente consensuale. Se il prezzo non era contemporaneamente pagato, il compratore ne faceva formale *promissio* ovvero chiedeva la garanzia di alcuno in cui il venditore avesse maggior fiducia (697), oppure il venditore iscriveva il credito ne'suoi libri; se poi il prezzo doveva essere ripetuto in giudizio si ricorreva in questi casi ad una *condictio certi* e non ad una *actio empti*. Se il prezzo era stato pagato, ma non consegnata la cosa, il compratore non aveva altro rimedio che la stessa *condictio* per ripetere il denaro sborsato; a meno che la garanzia dell'*habere licere* non servisse a proteggere la cosa consegnata, nel qual caso il compratore poteva farsi risarcire i danni con una *actio ex stipulatu* sotto nome di *actio empti*. Ma questa *actio empti*, fosse essa fondata sul fatto della non consegna o della evizione o sull'inadempimento di qualche altra obbligazione, era in realtà un'azione che aveva accompagnata la vendita, un'azione *stricti iuris*, nella quale il giudice non poteva ricercare oltre alla lettera degli impegni del compratore.

Negli ultimi anni della repubblica e probabilmente ai tempi di Q. Muzio Scevola (698) era una azione *bonae fidei;* come era avvenuto un tal cambiamento?

Un solo caso di rigore può averlo prodotto come ad esempio il rifiuto di accordare il risarcimento dei danni in caso di evizione, sotto pretesto che la stipulazione relativa in garanzia fosse stata per caso ommessa. Dice Ulpiano: *quia adsidua est duplae stipulatio idcirco placuit etiam ex empto agi posse si duplum venditor mancipii non caveat: ea enim quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudicium debent venire* (699).

Ben poco si richiedeva per convertire la *stricti iuris actio empti* (la quale in realtà era una semplice *actio ex stipulatu*) in una azione *bonae fidei;* bastò la aggiunta delle parole EX FIDE BONA fatta dal pretore a quelle della

(697) Varr. *de r. r.* II 2, 5.
(698) Cic. *de Off.* III 17, 70.
(699) Ulp. *lib. 1 ad ad. aedil.* in Dig. XXI 1, 31, 20.

formula QVIDQVID OB EAM REM N^M · N^M · A^O · A^O · DARE FACERE OPORTET (700). Eppure l'effetto ne fu immenso.

Non già che ciò togliesse di mezzo l'uso delle stipulazioni in garanzia; perchè Varrone scrisse dopo i tempi di Q. Mucio (il quale parla dell'azione *empti* come di azioni *bonae fidei* (701), e i riferimenti ad esse sono frequenti nelle pagine dei giuristi classici (702); ma esse furono rese inutili in diritto. La vendita divenne un contratto puramente consensuale nel quale in virtù della semplice convenzione di compra e vendita tutte le obbligazioni dei contraenti che di regola l'accompagnavano si ritennero incorporate nell'atto, senza espressa menzione e tanto meno senza stipulazione o espensilazione. Nella ordinanza ai giudici, perchè decidessero in ogni caso fra compratore e venditore contendenti *ex empto* o *ex vendito* secondo i principii della buona fede, era data ampia facoltà di attenersi alla consuetudine generale ed alla pratica e di prendere cognizione d'ogni circostanza che secondo equità potesse influire sul loro giudizio; essi erano pertanto autorizzati a giudicare di ogni questione che fosse sorta o che potesse sorgere direttamente o indirettamente fra le parti nei loro rapporti di compratore e venditore.

La storia dei quattro contratti reali, mutuo commodato deposito e pegno, è più oscura di quella dei contratti consensuali (703). Dai tempi della legge petilia, il mutuo di denaro, di grano, ecc., era in genere rivestito delle forme dell'atto per *aes et libram* (§ 31); ed è probabile che dopo l'abolizione del *nexum* l'obbligo di un mutuatario di pagare il denaro o di restituire il grano

---

(700) Gai IV 47.

(701) Vedi *supra* nota 697.

(702) Infatti si usava qualche volta la *bonae fidei actio empti* per indurre il venditore ad una *stipulatio duplae* o *simplae* quando questa era stata per qualche ragione omessa ed il compratore la riteneva vantaggiosa a sè.

(703) Vedi HEIMBACH *Die Lehre vom Creditum* Leipzig 1849 p. 498 e seg.; 633 e seg. — BECKER *Loci Plautini de rebus creditis* Greifswald 1861. — DEMELIUS nella Z. f. RG. 1863, II 217 e seg. — BECKER *Aktionen* I 306 e seg. — UBBELOHDE *Zur Gesch. d. benannten Realcontracte* Marburg 1870. — HUSCHKE *Die Lehre vom Darlehn* Leipzig 1882. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 561 *a* e seg.].

tolti a prestito fosse proseguibile secondo la legge silia e calpurnia rispettivamente in grazia di una stipulazione fatta contemporaneamente al mutuo (§ 39 e 40). Con il sorgere dell'*ius gentium* il mutuo fu riconosciuto produttivo di azione di per sè; vale a dire il prestito di denaro impose al mutuatario l'obbligo della restituzione anche senza alcuna stipulazione in proposito; la *res*, in questo caso data e ricevuta *mutui causa*, perfezionava il contratto. L'obbligo che sorgeva da esso era puramente unilaterale e proseguibile, nel caso di mutuo di denaro, con la stessa azione derivante dalla stipulazione e dal contratto letterale, ed era tanto rigorosa che gli interessi del mutuo non si potevano pretendere con essa, perchè la *res* data e ricevuta era l'oggetto certo e determinato della obbligazione [704]. Gli altri tre, commodato deposito e pegno, divennero contratti reali indipendenti molto più tardi del mutuo, forse non contemporaneamente neppur essi e nessuno a quanto pare prima della fine della repubblica. Essi erano certamente da tempo conosciuti come atti della vita quotidiana; tutta la difficoltà sta nel determinare quando per la prima volta fosse loro concessa azione ed in qual modo.

È impossibile qui fare una critica delle varie teorie svolte intorno alla storia loro e che necessariamente variano d'assai per ognuno. Questo solo può dirsi che entro il periodo di cui mi occupo, essi furono riconosciuti come contratti reali indipendenti; la *res* che li perfezionava consisteva nella consegna di una cosa che l'uno dei contraenti faceva all'altro per uno scopo speciale, stabilendo che essa dovesse essere resa quando lo scopo era raggiunto. Questo è a notarsi, che il *mutuum* trasferiva la proprietà del denaro imprestato, il mutuatario essendo obbligato a rendere una egual somma di denaro e non le stesse monete avute; il pegno trasferiva soltanto il possesso dell'oggetto oppignorato; il commodato ed il deposito lasciavano sussistere nel commodante e nel depositante la proprietà ed il possesso della cosa, mentre il commodatario ed il de-

---

(704) Gli interessi si convenivano a parte con speciale stipulazione, che nel fatto, dava vita ad un contratto indipendente proseguibile di per sè.

positario ne avevano soltanto la materiale detenzione. In tutti adunque, fuorchè nel *mutuum*, eravi fiducia; il detentore era obbligato, in una misura varia secondo le circostanze, a curare la cosa come se fosse sua ed aveva diritto a ripetere le spese fatte per il suo mantenimento; aveva inoltre l'obbligo di restituirla, ma era scusato se ne era impedito da una causa che non potesse essere ascrittta a sua colpa. In conseguenza le azioni di codesti tre contratti, a differenza di quella sorgente dal *mutuum*, erano *bonae fidei* ed il giudice aveva ampia facoltà di giudicare secondo giustizia ed equità valutando tutte le circostanze in ogni singolo caso.

§ 54.

Cangiamenti nel diritto successorio.

I più importanti cangiamenti nel diritto successorio durante la seconda metà della repubblica si debbono ai pretori; non già perchè la legislazione o la interpretazione dei giureconsulti o la pratica della corte centumvirale trascurassero questo punto. Anzi la legge voconia, ad esempio, dell'anno 585, che fu in fondo opera di M. Catone (705) creò alcune incapacità per le donne in fatto di successione e limitò la somma conseguibile per testamento a titolo di legato (706); la legge furia *testamentaria* del 571 restrinse ancor più i legati (707); e la legge falcidia del 714 assicurò agli eredi un quarto almeno del patrimonio benchè maggior parte fosse lasciata in legato (708). Così i giureconsulti influirono su questa parte del diritto negando agli agnati il diritto di succedere *ab intestato* alle donne, in

---

(705) Cic. *de Sen.* V 14.

(706) Gai. II 26. — Vedi GIRAUD *Du vrai caractére de la loi Voconia* Paris 1841. — BACHOFEN *Die L. Voconia* Basilea 1843. — MOMMSEN (rec. Bachofen) nei Richter's Krit. Iahrb. 1845, IX 1 e seg. — VANGEROW *De lege voconia* Heidelberg 1863.

(707) Gai. II 225. IV 23 e 24.

(708) Gai. II 225. — Iust. *Inst.* II 22.

grado più remoto delle sorelle; Paolo dice (709) che questa restrizione fu dedotta dalle parole delle XII Tavole con gli stessi criteri che avevano condotto alla promulgazione della legge voconia (*voconiana ratione*) e forse intorno allo stesso tempo. Dell'opera del tribunale centumvirale è traccia nella facoltà accordata al figlio di far rompere il testamento del padre quando questi lo ha diseredato senza motivo o gli ha lasciato una parte irrisoria della successione (p. 263); questa facoltà, basata su la presunta infermità di mente del padre, non sarebbe stata concessa se vi fosse stato un qualche altro spediente civile o pretorio.

Ma questi cangiamenti erano di poco conto in paragone di quelli fatti dagli editti dei pretori. Questi infatti introdussero sotto il nome tecnico di *bonorum possessio* (710) un vero godimento del patrimonio di un defunto senza legittimo titolo di eredità. — Tutto ci conduce a concludere che la serie dei provvedimenti relativi a ciò che noi troviamo nell'editto perpetuo di Giuliano non uscì da un solo cervello ma fu opera dei pretori che si succedettero in Roma (non di quelli soltanto dell'epoca repubblicana, ma fors'anco di quelli che tennero la carica al tempo dell'impero); per giunta si fecero alcune correzioni di considerevole momento per mezzo di rescritti imperiali quando già l'editto era definitivamente promulgato (711); sarà quindi conveniente dare qui uno sguardo generale all'intera materia benchè alcuni particolari non dovessero essere ricordati in questo periodo.

Giustiniano, parlando della origine della *bonorum possessio*, osserva che accordandola a chi la richiedeva i pretori non erano sempre indotti dagli stessi motivi; in alcuni casi miravano a facilitare la applicazione delle regole del

---

(709) Paul. *Sent.* IV 8, 20. — Vedi anche Gai. III 14.

(710) Per un riassunto delle principali teorie, dal 1860, intorno alla origine della *bonorum possessio* vedi DANZ *Gesch d. R. R.* II 176. — Per la più antica letteratura vedi LEIST-GLÜK vol. I-IV Marburg 1870-1879 e SOHM *Inst. d. R. R.* p. 330 e seg. In quest'ultima opera è sostenuta una nuova ed ingegnosa ipotesi intorno al presente istituto.

(711) Vedine le prove in Gai. II 120 e 126 e in Dig. XXVIII 3, 12 pr.

ius civile, in altri a correggere la applicazione di esse secondo quello che credevano fosse lo spirito delle XII Tavole e in altri casi infine a respingere queste norme come contrarie alla equità [712]. Benchè manchi in proposito ogni prova si può ritenere che il primo passo in quella riforma che poi divenne man mano di tanto momento fosse fatto con la intenzione di supplire il *ius civile;* ed è grandemente probabile che il primo passo consistesse nella promessa del pretore di accordare, nonostante l'altrui opposizione, il possesso dei beni del defunto a colui che gli presentasse un testamento con tanti sigilli quanti erano richiesti dalla legge [713]; in ciò, però, vuolsi vedere soltanto un provvedimento tendente a regolare il possesso dei *bona* ereditarii durante la questione di diritto. — Lo stesso avviene fra due parti che contendono della proprietà di una determinata cosa in una *rei vindicatio* nella quale il pretore risolve anzitutto la questione del possesso interinale; altrettanto promette qui di fare il pretore *si de hereditate ambigitur.* — Questa disposizione provvisoria era assolutamente necessaria per le condizioni del diritto che permettevano ad un terzo qualsiasi, indipendentemente da ogni titolo, di ottenere con il possesso annuale dei beni ereditarii una regolare *usucapio pro herede* (p. 193). Anche dopo che l'editto divenne perpetuo, tale concessione rimase necessariamente provvisoria; perchè se l'erede legittimo del defunto si presentava e provava che nel testamento, quantunque segnato del numero di sigilli richiesto, mancava qualche altra solenne formalità come la *familiae venditio* o la *testamenti nuncupatio* (p. 183) il cessionario doveva rinunciare al nuovo avente diritto il possesso delle cose che gli erano state consegnate durante

(712) *Inst.* III 9 pr. e § 1 (*confirmandi emendandi impugnandi veteris iuris gratia.*

(713) Cic. *Verr.* II 1, 45, 117. — Egli dice, scrivendo nel 684, che tale editto era *tralaticium*, cioè passava da pretore a pretore successivamente. Gaio (II 119) ci insegna che sette almeno dovevano essere i sigilli, cioè quelli del *libripens* dei cinque testimoni e dell'*antestatus;* quest'ultimo non aveva più funzione speciale nell'atto ma la sua officiale designazione impressa nel suo sigillo ricorre così regolarmente da non lasciare dubbio sul suo intervento a formare il numero di sette.

l'istruttoria del procedimento (714). Soltanto un rescritto di Marco Aurelio dichiarò che un erede legittimo, il quale attaccasse di nullità un testamento per ommissione di formalità, potesse essere respinto con una *exceptio doli* (715) perchè appariva contrario alla equità che la volontà del testatore fosse tenuta in niun conto per ragioni di pura forma; così accadde che la *bonorum possessio secundum tabulas*, la quale era stata introdotta per assecondare i principii del *ius civile*, venisse con l'andar del tempo a porsi in opposizione con esso.

Che i criteri ed i propositi dei pretori, i quali successivamente svolsero il diritto della *bonorum possessio*, fossero diversi d'anno in anno è cosa evidente; nulla era più facile che applicare nuove idee al nuovo meccanismo giuridico. — Il pretore non poteva *fare eredi* ma poteva concedere ad alcuno, erede o no, i sostanziali vantaggi di una eredità e mantenerlo nel godimento di essi con i rimedi pretorii (716); dava il possesso dei beni del defunto così che, trascorso il periodo della usucapione, cadevano nella proprietà quiritaria del possessore (717); inoltre con l'inserzione nella *formula* di una finzione di eredità concedeva al *bonorum possessor* le azioni personali contro i debitori del defunto tenendolo ad un tempo obbligato verso i creditori di lui (718).

Un'altra varietà di *bonorum possessio* era quella *contra tabulas*, cioè contro le disposizioni testamentarie. Se un testatore non istituiva o diseredava espressamente il figlio compreso fra i *sui heredes*, il testamento era nullo ed il figlio preteríto non aveva bisogno degli spedienti pretorii. Quando gli altri *sui heredes* erano preteríti il *ius civile* concedeva loro di concorrere con gli eredi istituiti per una sorta di diritto di accrescimento (719). Ma l'editto andò oltre; perchè se l'istituito era un estraneo, cioè nè fra-

(714) Gai. II 119.
(715) Gai. II 120.
(716) Gai. III 32. — Iust. *Inst.* III 9, 2.
(717) Gai. III 34 e 80, IV 144.
(718) Gai. II 81, IV 34. — Ulp. XXVIII 12.
(719) Gai. II 124.

tello nè sorèlla del figlio preterito, su domanda di quest'ultimo il pretore gli accordava, unitamente agli altri *sui* che si trovassero in concorso, il possesso dell'intero patrimonio del *de cuius* lasciando all'istituito il puro nome di erede (720). Un'altra applicazione della *bonorum possessio contra tabulas* si aveva nel caso di un figlio emancipato. Secondo il *ius civile* il testatore non era obbligato ad instituirlo o a diseredarlo, perchè per fatto della emancipazione aveva cessato di essere fra i *sui heredes* ed aveva perduto quella partecipazione al patrimonio famigliare che giustificava il diritto di essere menzionato nel testamento del *paterfamilias* (p. 185). I pretori — non però, forse, prima dell'impero, prima cioè che le dottrine del *ius naturale* fossero più liberamente accolte (§ 55) — posero il figlio emancipato nella stessa condizione del figlio non emancipato, richiedendo anche per lui l'espressa istituzione o l'espressa diseredazione ed accordandogli in caso contrario la *bonorum possessio* (721). Era *bonorum possessio contra tabulas* in questo senso che spostava gli eredi istituiti o in tutto o in parte; interamente quando gli istituiti non erano figli del defunto, parzialmente quando lo erano. In quest'ultimo caso, almeno se si trattava di *sui*, la *bonorum possessio* era accordata sotto condizione che il cessionario conferisse ed imputasse alla sua quota tutto che aveva conseguito dopo la sua emancipazione (722) di cose appartenenti al testatore le quali, come tali, sarebbero state nella eredità; era giusto che, reclamando la parte loro come se non fossero stati emancipati, dovessero conferire tutto ciò che avrebbe formato parte del patrimonio ereditario qualora non fossero stati emancipati.

La terza varietà di *bonorum possessio* era concessa *ab intestato*. Come si disse nel § 32, le regole del *ius civile* intorno alla successione legittima erano estremamente rigorose. Inoltre non ammettevano i figli emancipati nè gli agnati che avessero subito una *capitis deminutio*, nè le agnate all'infuori della sorella; se il più prossimo agnato

(720) Gai. II 125.
(721) Ulp. XXVIII 2.
(722) Ulp. XXVIII 4.

mancava, il diritto non passava a quelli di un grado ulteriore; i cognati — parenti del morto non stretti con lui da vincolo d'agnazione quali i nipoti, i parenti per linea femminile, gli agnati *capite minuti* — non erano ammessi a succedere; la vedova non aveva parte nella eredità se pure non era stata nella *manu* del defunto e quindi *filiae loco*. I pretori cangiarono questo stato di cose aprendo la via alla rivoluzione del diritto successorio *ab intestato* che fu compiuta da Giustiniano.

Il pretore stabilì tre classi: 1) In luogo dei *sui heredes* del *ius civile*, diede il primo posto ai discendenti (*liberi*) comprendendo in questa parola tutti quelli che il defunto avrebbe dovuto, sia secondo il *ius civile* sia secondo l'editto, istituire o diseredare qualora avesse fatto testamento; così la vedova che fosse stata *in manu* di lui al momento della sua morte, i figli e le figlie tanto se *in potestate* quanto se emancipati, i nipoti in rappresentanza del padre loro (723) ed i figli adottati che si trovavano nella sua *potestas* quando morì (724). — 2) In mancanza di *liberi* il diritto alla *bonorum possessio* passava agli agnati collaterali più prossimi dell'intestato, sotto il loro antico nome di *legitimi heredes* (725). — 3) Nel sistema del *ius civile*, mancando gli agnati (e la *gens* nel caso dei patrizi e di pochi plebei) la successione era vacante e cedeva al fisco, a meno che per caso fosse stata usucapita da un estraneo possessore *pro herede*. La frequenza di tali vacanze diminuì con il riconoscimento che i pretori fecero del diritto dei cognati a richiedere la *bonorum possessio* in terzo luogo. Chi fosse in origine compreso sotto il nome di cognato è impossibile dire; l'epiteto è dai moderni scrittori applicato frequentissimamente ai congiunti per via di donna; ma in senso largo comprendeva tutti i parenti senza eccezione ed in senso più stretto indicava i parenti non autorizzati a dirsi agnati. Eranvi inclusi fra di essi adun-

(723) I figli delle figlie non furono ammessi in questa classe fino all'ultimo impero, essendo considerati come membri della famiglia del padre e non di quella della madre cioè del nonno materno.

(724) Gai. III 26 e 63. — Ulp. XXVIII 7 e 8.

(725) Ulp. XXVIII 7.

que — benchè sia molto probabile che l'elenco non ne fosse compilato in una sol volta ma di tempo in tempo e da diversi pretori — non soltanto i parenti per vincolo di donne (i quali non erano agnati) ma ancora gli agnati di grado più remoto, esclusi quando l'agnato prossimo vivente rifiutava la eredità; inoltre tutti quelli che sarebbero stati agnati se in virtù di una *deminutio capitis* non avessero perduto tale carattere, le donne agnate più remote in grado di parentela delle sorelle, ed infine i figli dell'intestato che al momento della sua morte fossero stati in una famiglia adottiva (726). Tutti questi succedevano secondo il grado di parentela. — 4) Finalmente il diritto a succedere spettava al coniuge superstite (727) purchè sempre dal matrimonio non fosse derivata la *manus* (728). Tale era l'ordine dei successibili legittimi secondo l'editto pretorio.

Tutte queste *bonorum possessiones* dovevano essere formalmente richieste; in quella *ab intestato* i discendenti avevano un anno di tempo, le altre persone cento giorni per proporre la domanda; il periodo per quelli del secondo ordine cominciava a decorrere dal giorno in cui era scaduto quello del primo e così via dicendo. La concessione era sempre fatta a rischio del richiedente, il quale poteva avere il godimento reale dei beni (*cum re*) o il titolo puro e semplice (*sine re*) secondochè il pretore poteva o no mantenerlo al possesso della eredità contro l'opposizione dell'erede per *ius civile*, perchè quest'ultimo poteva far valere il suo diritto di legge o il testamento senza reclamare la *bonorum possessio;* benchè nel fatto egli cercasse di ottenerla a fine di valersi anche degli spedienti pretorii per mantenere a sè il godimento dei beni del defunto (729).

---

(726) Vedi Gai. III 27-31. — Ulp. XXVIII 7 e 9.

(727) Ulp. XXVIII 7.

(728) Le disposizioni dell'editto, come quelle del *ius civile*, su la successione del patrono ai liberti necessariamente differivano ora in molti punti da quelle esposte nel § 32; esse erano molto complicate, ma non è qui necessario di occuparsene. [Ulpiano, XXVIII 7, pone la successione pretoria del patrono in quinto luogo, dopo i cognati prossimi e prima del coniuge].

(729) [Su tutta questa materia vedi maggiori particolari in PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 504-517].

PARTE QUARTA.

IL IUS NATURALE

E LA MATURITÀ DELLA GIURISPRUDENZA

(L'impero fino ai tempi di Diocleziano)

CAPO I.

Caratteri e fattori del diritto.

§ 55.

Del diritto in genere e del « ius naturale » in ispecie.

I primi tre secoli dell'epoca imperiale videro la perfezione della giurisprudenza romana e gli inizii del suo decadimento. Durante questo periodo di tempo la storia del diritto non offre avvenimenti così grandi ed importanti come la promulgazione delle XII Tavole, come l'origine dell'editto pretorio, come il riconoscimento del consenso quale fonte di vincolo contrattuale, o come l'introduzione di un nuovo sistema procedurale. Grandi e duraturi effetti derivarono soltanto dal fatto di una nuova classe di giureconsulti che potevano interpretare il diritto con autorità pari a quella del principe e dalla estensione della cittadinanza a tutti i sudditi liberi dell'impero. Furono, è vero, introdotti alcuni radicali cangiamenti in certi istituti; nel diritto famigliare per opera di Augusto il quale voleva rialzare la domestica moralità ed accrescere i matrimoni fecondi; nel diritto dominicale per opera dello stesso imperatore e del suo immediato successore a fine di regolare lo stato degli schiavi liberati; ma queste innovazioni, ben-

chè di molta importanza per sè, non lasciarono un'impronta incancellabile. Con sforzi meno evidenti il diritto romano attinse a quella perfezione che tutti gli riconoscono, sotto il governo dei Severi; e specialmente seguendo la via tracciata già negli ultimi anni della repubblica. La sfera del *ius quiritium* divenne sempre più circoscritta e ad una ad una scomparvero le formalità del *ius civile*. La *manus* del marito in pratica fu abbandonata; la *patria potestas* del padre perdette molto del suo valore per il riconoscimento di un patrimonio indipendente dei figli; gli schiavi poterono essere manomessi senza solennità di forme; le *res mancipi* si trasmisero, senza eccezione ormai, con la semplice tradizione perchè il cessionario era protetto dalla azione publiciana; le servitù e gli altri diritti reali costituiti senza formalità si ritennero validi in virtù di una efficace *tuitione praetoris;* l'accettazione della eredità potè essere fatta senza dichiarazione dei propositi dell'erede e senza la formale *cretio* dell'antico diritto; e molti patti, conseguenti ai contratti consensuali ma di diversa natura, i quali prima si incorporavano nella formula della stipulazione, tolsero forza dal contratto principale purchè fatti contemporaneamente.

La preferenza accordata dai giureconsulti e dai giudici al *ius gentium* in luogo del *ius civile* è insufficiente a spiegare codesti ed altri molti cangiamenti della stessa natura e nè dà ragione della sempre crescente tendenza a subordinare le parole e i gesti alla *voluntas* da cui derivano. Questi mutamenti vogliono attribuirsi alla lotta per più alto ideale seguito dalla maggior parte dei giuristi, ideale cui fu dato nome di *ius naturale* (730). Dissero alcuni che la nozione del *ius naturale* come cosa distinta del *ius gentium* era propria di Ulpiano e che non fu accolta dagli altri giureconsulti; ma ciò è inesatto. Giustiniano infatti ha tolto dal digesto ed ha posto in fronte alle sue Institute (731) un passo d'una elementare opera di Ulpiano, nel quale si parla di un *ius naturae* comune al-

(730) Vedi VOIGT *Das ius naturale ... der Römer*, specialmente il vol. I §§ 52-64, 89-96. — MAINE *Ancient Law*, cap. III.
(731) Dig. 1 1, 1, 3. — Iust. *Inst.* 1 2 pr.

l'uomo ed agli animali che nella sostanza è l'istinto; ora è vero che a questo diritto della natura non accennano gli altri giuristi, ma molti di essi si riferiscono qua e là al *ius naturale;* e Gaio è il solo (seguito poi da Giustiniano) che incidentalmente lo fa sinonimó del *ius gentium* (732). Senza dubbio questo era compenetrato dei principii del diritto naturale assai più che non lo fosse il *ius civile;* ma gli è cosa impossibile identificarlo con esso come fa Gaio. Basti infatti osservare che come si rileva dai testi l'un sistema giustificava la schiavitù e l'altro la condannava; il *ius civile* studiava gli interessi dei soli cittadini e il *ius gentium* quelli di tutti gli uomini liberi senza riguardo alla nazionalità loro; il *ius naturale* aveva teoricamente una più ampia sfera considerando nei suoi fini tutto il genere umano. Le fonti insegnano che le dottrine del *ius gentium* seguivano quelle del *ius civile* nel considerare lo schiavo come un animale da lavoro; ma quando il *ius naturale* cominciò ad esercitare la sua influenza si riconobbero molti diritti allo schiavo e persino gli si concedette facoltà di contrattare obbligando ed obbligandosi (733), benchè la sua obbligazione non avesse effetti diretti in quanto che non poteva lo schiavo citare nè essere citato.

Il Voigt (734) così riassume i caratteri di questo astratto *ius naturale* romano: — 1) la sua potenziale universale applicazione a tutti gli uomini; — 2) a tutti i popoli; — 3) in tutte le età; — 4) la sua correlazione con l'innato senso del diritto (*innere Rechtsüberzeugung*). I ditterii principali di esso come scaturiscono dalle pagine dei giureconsulti di quest'epoca, egli li formula così: — 1) riconoscimento dei vincoli di sangue (*sanguinis vel cognationis*

---

(732) Si citano un passo di Paolo (Dig. L. 17, 84, 1) e due di Marciano (Dig. I 8, 2 e 4) per provare che nel loro pensiero erano una medesima cosa il *ius naturale* ed il *ius gentium;* ma io non so vedervi una tal prova. Paolo e Marciano alludono semplicemente a certe regole e dottrine del *ius gentium* che dicono essere naturali come altri giureconsulti parlano delle naturali regole e dottrine del *ius civile.*

(733) Ulp. in Dig. XLIV 7, 14: *servi ... ex contractibus civiliter non obligantur; sed naturaliter et obligantur et obligant.*

(734) Voigt *l. c.* p. 304.

ratio); — 2) dovere di osservare le fatte promesse (*is natura debet... cuius fidem secuti sumus* [735]); — 3) riparto dei danni e dei vantaggi, dei profitti e delle perdite secondo i dettami della equità; — 4) prevalenza della *voluntatis ratio* su le parole e la forma con cui si manifesta l'intenzione delle parti [736].

Il primo principio ebbe applicazione, forse fin dai primi anni dell'impero, nel posto fatto dai pretori ai figli emancipati nell'ordine dei successibili a fianco dei figli non emancipati con capacità di diritto e nella ammissione dei parenti collaterali in linea femminile. Questo stesso principio condusse il Senato sotto i regni di Adriano e di M. Aurelio rispettivamente, a dare alla madre un diritto privilegiato di successione sui beni del figlio e viceversa. — Il secondo ditterio portò al riconoscimento della validità delle così dette obbligazioni naturali, le quali benchè per qualche difetto di forma o per qualche incapacità delle parti non fossero riconosciute dal *ius civile* e quindi non partorissero azione, potevano però avere effetti indiretti con altri temperamenti equitativi. — Il terzo concetto non era nuovo; la repubblica aveva già riconosciuto in principio che nessuno poteva arricchirsi a danno altrui; i giureconsulti dell'impero dettero più ampia applicazione a questa massima e la usarono a vincere molte difficoltà nel diritto contrattuale. — Il quarto principio richiedeva molta delicatezza nella sua applicazione, perchè la *voluntas* non poteva essere preferita alle sue manifestazioni a danno delle parti che in buona fede avessero agito in conformità di questa.

Un'osservazione del Voigt su questo soggetto è degna di essere riferita. Dice il romanista tedesco che i rischi sorgenti dall'applicazione dei precetti dell'astratto *ius naturale* in quanto derogavano alle regole del *ius civile* erano grandemente diminuiti in grazia della condizione

(735) Paul. in Dig. L. 17, 84, 1.

(736) Voigt *l. c.* pp. 321-323. [Per la storia e l'applicazione pratica di questo concetto vedi Scialoia *Responsabilità e volontà* Roma 1885. — Eisele *Ueber Nichtigkeit obligatorischen Verträge gegen Mangels an Willensübereinstimmung der Contrahenten* Jena 1887].

raggiunta dai giureconsulti del primo impero. Il loro *ius respondendi* (§ 59) li faceva organi dello stato, cosicchè introducendo principii del *ius naturale* o del *aequm et bonum*, essi ne facevano contemporaneamente norme positive e davano loro forza di legge. Erano, a suo dire, filosofi nella sfera del diritto e speculatori della verità assoluta, ma per lo più formulavano ed applicavano al caso concreto le verità da loro trovate, contemperavano così la libertà della ricerca filosofica con i bisogni della pratica, e davano efficacia alle loro norme astratte (737). Un'altra frase occorre frequentemente negli scritti di alcuni giureconsulti di questo tempo e ad essa il Voigt (738) dà speciale attenzione. Secondo Gaio e Paolo, ogni cosa ha la sua propria natura che caratterizza il suo esenziale destino e le sue particolari proprietà. Vi è una natura dell'uomo, una natura degli animali, una natura di ogni cosa, e quindi una speciale natura per ogni contratto per ogni azione e via dicendo. In ciascuna di queste *naturae* voglionsi osservare una particolare energia ed una regola determinata; queste ne sono la *naturalis ratio*. Il prodotto di tali *rationes* è la *lex naturae* e la sostanza della *lex naturae* costituisce un *ius naturale*. La filosofia del diritto in Gaio e Paolo comincia con la *naturalis ratio* (739).

§ 56.

Effetti delle mutazioni politiche.

I cangiamenti della costituzione giovarono non poco allo sviluppo del diritto; uomini di origine straniera ottennero il trono ed empirono il Senato, uomini orgogliosi della storia e delle tradizioni di Roma benchè liberi da cieco

(737) Voigt *l. c.* p. 341.
(738) Voigt *l. c.* pp. 270-274.
(739) [Il Savigny, *System des heutigen Röm. Rechts* Berlin 1840, I 413 (Torino 1887 trad. V. Scialoia), sostiene la assoluta identità del *ius naturale* e del *ius gentium*. — Vedi Cic. *de Har. resp.* XIV 32; *de off.* III 5, 33; *de rep.* I 2. — Gai. I 1].

attaccamento per le istituzioni romane che si raccomandavano loro soltanto per l'antichità. La vita militare non era più attraente come sotto la repubblica; non v'era più un tribunato a cui gli ambiziosi potessero aspirare; i comizii più non erano palestre della politica eloquenza; in conseguenza le persone istruite e di qualità avevano tutti gli incitamenti a darsi coscienziosamente alla scienza ed alla pratica del diritto. Augusto ne promosse ancor più lo studio creando una classe di giureconsulti patentati i quali avevano facoltà di dar pareri *ex auctoritate principis* ne le questioni che i giudici avessero loro sottoposte (§ 59). Maggior impulso forse la scienza del diritto ebbe da Adriano mediante la riorganizzazione del privato imperiale concilio dove gran parte degli scanni era assegnata ai giureconsulti di grido. Di alcuni imperatori i giuristi erano i più intimi e più fidati amici; e per giunta l'ufficio del prefetto pretorio, la carica più alta dell'impero, era loro di regola affidato; Papiniano, Ulpiano e Paolo lo tennero sotto i regni di Settimio ed Alessandro Severo. La giurisprudenza, adunque, non era soltanto una professione onorevole e lucrosa nel nuovo ordine di cose, ma un mezzo per salire alle supreme dignità dello Stato; per ciò, fino alla morte di Alessandro i giureconsulti furono tutti uomini di alta condizione e di vasta coltura.

§ 57.

Legislazione comiziale [740] *ed opera del Senato.*

Augusto conservando per quanto era possibile la forma delle istituzioni repubblicane, non pensò cosa opportuna di romperla con l'uso antico di sottomettere i progetti di legge al voto dei comizii e delle tribù. Oltre a varii provvedimenti per riformare il diritto criminale, volle approvate tre leggi del maggiore momento; l'una per correggere la

740) [GADDI *Cronol. delle leggi com. Rom.* Torino 1887].

domestica moralità ed incoraggiare i matrimoni fecondi, l'altra per togliere gli sconci derivati dalla troppo grande partecipazione degli schiavi liberati ai privilegi della cittadinanza, la terza infine per regolare la procedura dei processi pubblici e delle liti private.

Il primo progetto comprese la *lex iulia de adulteriis coercendis* del 736 (promulgata in via di urgenza contro la invadente licenza[741]) e la *lex iulia et papia poppaea.* Questa legge — codice voluminoso in materia coniugale — per due o tre secoli esercitò tale influenza da essere considerata come una delle fonti del diritto romano al pari delle XII Tavole o dell'editto perpetuo di Giuliano [742]; ebbe origine nella *lex iulia de maritandis ordinibus,* la quale fu approvata dal Senato nell'anno 726 ma trovò opposizione così violenta che soltanto l'anno 736 potè essere accolta dai comizii. Sperimentata la inefficacia di questo provvedimento, Augusto l'anno 757 (4 p. Cr. n) ne promosse una revisione che soltanto in grazia di una dilazione di tre anni, portata poi a cinque, potè essere posta in vigore. Si giunge così all'a. 762 (9 p. Cr.) nel quale i consoli M. Papio e T. Poppeo vi aggiunsero un supplemento. Questa legge complessa prese nome di *lex iulia et papia poppaea,* ma spesso è citata più brevemente; per lo più *lex iulia* o *lex caducaria.* Le principali disposizioni di essa miravano ad impedire i matrimoni misti, fra uomini di qualità e donne del volgo o donne perdute [743], benchè il concubinato fosse dalla legge espressamente ammesso; miravano ad obbligare gli uomini di una certa età a condur moglie per avere figli

---

(741) I particolari su le sue disposizioni vedi in RUDORFF *Röm. RG.* I 88 e seg. — Questa legge fu oggetto di molti commenti dei giureconsulti dell'epoca di Antonino e Severo.

(742) Alcuni tentarono di ricostruirla; così JACH. GOTOFREDUS *Fontes iuris civil.* Ginevra 1638. — HEINECCIUS *Ad l. Jul. et Pap. Popp. comm.* Amsterdam 1731. — DEN TEX e VAN HALL *Font. III iur. civ.* Amsterdam 1840. — Su il contenuto di essa vedi RUDORFF *Röm. RG.* I 64 e seg. — Su i giureconsulti che la hanno commentata vedi KARLOWA *Röm. RG.* I 618 e seg.

(743) Questa parte della legge fu abrogata dall'imperatore Giustino, su istanza del nipote Giustiniano che vi trovava un ostacolo al suo matrimonio con Teodora.

sotto pena di incapacità (entro certi limiti) di succedere per testamento; anche i coniugi che non avevano figli erano incapaci di succedere in più della metà dei beni ereditari; l'altra metà (*bona caduca*) passava alle altre persone nominate nel testamento che si trovassero ad avere i requisiti di legge; in mancanza di questi cedeva al fisco. I matrimoni fecondi erano invece premiati con la liberazione delle donne che avevano avuto un certo numero di figli dalla tutela degli agnati o patroni e con la concessione di varii altri privilegi ai genitori di figli nati di giuste nozze. La legge regolava anche i divorzi, esigendo un espresso e formale ripudio e fissando le conseguenze giuridiche di questo per quanto l'interesse delle parti nelle disposizioni nuziali lo permetteva. Il linguaggio di Giovenale e di altri però fa sorgere dubbio se la legge non facesse in realtà più male che bene. Gli imperatori cristiani richiamarono in vigore molte delle sue disposizioni altre lasciando all'obblio in cui erano cadute; nei libri giustinianei a pena v'è qualche traccia di essa.

Il secondo progetto di legge, riferito più sopra, comprendeva la legge *aelia-sentia* dell'anno 4 d. C. la *furia-caninia* dall'anno 8 e la *iunia-norbana* dell'anno 19 (quest'ultima votata sotto Tiberio ma probabilmente compilata da Augusto) (744); saranno esaminate in un prossimo paragrafo (§ 66).

Il terzo progetto constava delle due *leges iuliae iudiciariae*, intorno alle quali ben poco conosciamo. Quella che regolava la procedura delle liti private è la stessa che secondo Gaio completò l'opera della legge *aebutia* (p. 258) sostituendo il sistema formulare al sistema delle

(744) Sono sorte di certo vivaci controversie intorno alla data della legge iunia norbana ed ai suoi rapporti con la legge aelia sentia. Vedi ROMANET DU CAILLAUD *De la date de la loi iunia norbana* Paris 1882. — CANTARELLI *I latini juniani* nell'Archiv. Giurid. 1882, XXIX 3 e seg.; 1883, XXX 41 e seg. — SCHNEIDER *Die lex iunia norbana* nella Z. d. Sav. Stift. N. S. 1884, v. 225 e seg. — LABBÉ in appendice alla 12.ª edizione dell'ORTOLAN *Histoire de la legislation romain* Paris 1884, pag. 791 e seg. — CANTARELLI *La data della legge iulia norbana* Archiv. Giur. 1885, XXXIV 38 e seg. — HOLDER *Zum gegenseitigen Verhältnisse d. lex ael. sent. und iun. norb.* nella Z. d. Sav. Stift. N. S. 1885, VI 205 e seg.

legis actiones (745). Doveva essere una legge assai complessa e per vero un passo dei fragmenti vaticani si riferisce al 27.° paragrafo di essa (746); ciò rende più spiacevole l'ignoranza in cui le fonti ci lasciano, all'infuori di due o tre brevi accenni, intorno al suo contenuto.

La *lex iunia norbana* fu l'ultimo atto della legislazione comiziale, perchè v'è ragione di credere che la *lex claudia de tutela* benchè citata spesso nelle fonti sia soltanto un senatoconsulto (747). È vero che rimangono nel museo capitolino gli avanzi di una *lex de imperio Vespasiani* la quale risale all'anno 70 d. Cr. (748); ma il tenore di essa mostra che era un senatoconsulto cui poi fu dato il formale assenso dai littori come rappresentanti degli antichi comizii delle *curiae*, prerogativa dei quali era di concedere l'*imperium*.

Vi sono ancora le leggi *malacitana* e *salpensana*, statuti concessi da Domiziano ai municipi di Malaga e di Salpensa (749). Sono monumenti di grande interesse storico ma non sono opera dei comizii più che non lo sia la *lex metalli Vipascensis* (750), capitolato di concessione per l'*ex-*

---

(745) Gai. IV 30.

(746) Vat. Fragm. 197.

(747) Nell'indice dell'Haenel *Corpus legum ab imperatoribus Rom. ante Iust. latarum* Leipzig 1857, sono ricordati non meno di quattordici senatoconsulti di Claudio; e non è ben chiaro perchè in questo particolare caso si avrebbe fatto ricorso ad una *lex*. È degno di nota che Gaio parla (I 84) di uno di questi provvedimenti di Claudio come di un senatoconsulto, e poco più oltre (I 86) vi allude con le parole *eadem lex*. [L'Haenel *op. cit.* p. 46 *ad a.* 797-44, dà i testi relativi alla *lex claudia de tutela*. Vedi Gaddi *Cronologia*, ecc.]

(748) Pubblicata dal Bruns *Fontes* p. 128 e seg. — Pare che fosse la *lex regia* di Vespasiano, da cui secondo Gaio (1 6) e Giustiniano (*Inst.* I 2, 6) gli imperatori derivavano la loro legislativa autorità.

(749) Una grande parte di esse fu scoperta nell'anno 1851 presso Malaga. Si trovano in Bruns *Fontes* p. 130-141. — Furono commentate dal Berlanga dal Mommsen dal Laboulaye dall'Arndts dal Giraud dal Van Lier dal Van Swinderen e da altri. Vedine la bibliografia in Bruns. Il più importante lavoro su di esse fu quello del Mommsen *Die Stadtrechte d. latin. Gemeinden Salpensa und Malaca* Leipsig 1855.

(750) Trovata ad Aliustrel, l'antica Vipasco, nel 1876; risale forse alla seconda metà del primo secolo dopo Cristo. Edita dal Bruns *Fontes* p. 145; ivi è aggiunta la opportuna bibliografia che va completata con Berlanga *Los Bronces de Lascuta de Bonanza y de Aljustrel* Malaga 1881-84.

ploitation di una cava di piombo in Portogallo. Tali leggi dicevansi *leges datae* e non *leges latae*.

Dai tempi di Tiberio l'opera legislativa fu affidata al Senato (perchè i comizii non furono più convocati a tale scopo (751)) il quale vi attese attivamente; forse il merito va dato ai molti giureconsulti i quali traevano dalla pratica quotidiana cognizioni dei bisogni del diritto ed avevan luogo nel concilio imperiale dove si preparavano i progetti dei senatoconsulti. Questi s. c. furono i principali fattori legittimi del così detto *ius novum* — diritto che spesso allontanavasi grandemente dai principii dell'antico *ius civile*, che era assai più in armonia con l'editto, e che sarebbe stato in grandissima parte introdotto dal pretore se l'autorità di questo non fosse stata soverchiata da quella dell'imperatore. Alla fine del secondo secolo ed ai primi del terzo la supremazia dell'imperatore nel Senato divenne di assai maggiore, a tale che si citò la *oratio* con cui egli accompagnava innanzi ai senatori i suoi progetti di legge invece delle risoluzioni con cui il Senato dava ai progetti stessi efficacia e sanzione; e per vero questi progetti erano prima accuratamente esaminati nel concilio imperiale così che era inutile ogni ulteriore discussione. Del resto la ommissione di tale formalità faceva risaltare meglio la parte presa dal sovrano, onde gli imperatori che seguirono Alessandro Severo fecero a meno completamente anche dell'uso fin qui rispettato di interpellare il Senato (752).

§ 58.

L'edictum perpetum (753).

Gli editti dei pretori, che avevano raggiunto già considerevoli proporzioni prima della fine della repubblica,

---

(751) Pompon. in Dig. I 1, 2, 9.

(752) Nella forma il Senatoconsulto non aveva il carattere imperativo della *lex*. Vedine esempi in BRUNS *Fontes* p. 145-164.

(753) Vedi KARLOWA *Röm. RG.* I 628 e seg. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* 410 *x*].

senza dubbio furono accresciuti nei primi anni dell'impero. Ma questi magistrati non goderono a lungo della stessa indipendenza dei pretori repubblicani; eravi ormai nello Stato un *imperium* maggiore del loro e innanzi a questo essi non osavano porre le mani sul diritto con la sicurezza dei loro predecessori. Continuavano a pubblicare ogni anno, nell'assumere l'ufficio, gli editti loro trasmessi per tante generazioni; ma l'opera loro si limitava ormai a qualche piccolo cangiamento reso necessario dalle disposizioni di qualche senatoconsulto risguardanti per avventura il *ius honorarium*. Cessarono così di essere la *viva vox iuris civilis,* come erano stati al tempo di Cicerone; tale epiteto spettava ora più propriamente all'imperatore; in fondo l'editto annuale aveva perduta la sua *raison d'être*. Adriano ritenne essere giunto il tempo di formulare rigorosamente il diritto e di dare all'editto una forma più stabile e una autorità assoluta riconoscendo e sanzionando tutto ciò che poteva essere accettato come legge e non solo come editto in ogni parte dell'impero; pertanto dette incarico a Salvio Giuliano, pretore urbano in quell'anno (vedi § 62), di rivedere l'editto per sottoporlo alla approvazione del Senato e farne una legge dello Stato.

Al pari delle XII Tavole più non sussiste copia dell'editto riveduto; qualche scarsa notizia si ha soltanto in qualche linea di Eutropio e di Aurelio Victore e in poche parole delle prefazioni di Giustiniano al digesto (754). Si può da questi passi argomentare che si trattasse ad un tempo di abbreviare e di rimaneggiare gli editti del pretore urbano; ma è dubbio, ad esempio, se Giuliano vi incorporasse gli editti del pretore peregrino e dei magistrati che avevano contribuito al *ius honorarium*. Si sa che quelli degli edili curuli furono inclusi nel nuovo editto; Giustiniano infatti ci insegna come essi formassero l'ultima parte dell'opera di Giuliano di cui forse costituivano un'appendice (755). Pare anche, benchè differissero assai da

(754) Constit. Δέδωκεν § 18 e Const. *Tanta* (in Cod. I 17, 2) § 18.
(755) Constit. Δέδωκεν § 5.

quelli dei pretori, che gli editti dei governatori delle provincie vi fossero inclusi, perchè Gaio scrisse un commento all'editto provinciale (756); ora probabilmente questo era l'editto di Giuliano, non esistendo prima un editto provinciale ma tanti editti quanti le provincie (757). Così è cosa verosimile che gli editti del pretore peregrino, in quanto contenevano disposizioni non comuni all'editto del pretore urbano o a quello dei governatori provinciali, fossero messi del pari a contribuzione. La revisione ebbe il nome di *Edictum perpetuum* (con significato alquanto diverso da quello che davasi degli *edicta perpetua* per distinguerli dagli *edicta repentina*, § 49); dopo che fu approvato da Adriano, ebbe sanzione, a quanto pare, da un senatoconsulto. I pretori posero questo editto nel loro album con il relativo formulario di azioni, ma non era più in loro facoltà di mutarlo o di aggiungervi nuove disposizioni; non solo l'editto non era più l'espressione del loro *imperium* perchè era divenuto una *lex*, ma anche la sua interpretazione e le eventuali correzioni spettavano ora esclusivamente all'imperatore (758).

L'editto di Giuliano non pare che fosse diviso in libri, bensì in titoli rubricati (759); ed è opinione generale che i formulari delle azioni fossero divisi e sparsi secondo un criterio logico. La disposizione dell'editto non è difficile a conoscersi con il paragone dei vari commentari che gli furono fatti, specialmente di quelli di Ulpiano e di Paolo, ciascuno dei quali constava di più che ottanta libri. Cominciava con una serie di titoli risguardanti la introduzione di ogni procedimento legittimo — giurisdizione, citazioni, intervento di procuratori, ecc.; seguiva con il procedimento ordinario in virtù della *iurisdictio* del magistrato; in terzo luogo venivano le regole per i procedimenti straordinari fondati originariamente su l'*imperium;* poi i pro-

---

(756) Vedi l'indice Fiorentino nella grande edizione dei Digesti del Mommsen, I *liii**.

(757) Mommsen nella Z. f. RG. 1870, IX 96.

(758) Giuliano in Dig. I 3, 11.

(759) Alcuni di essi sono ricordati negli estratti dei commentari all'editto conservati nel Digesto.

cedimenti esecutivi contro i debitori giudicati, i falliti, ecc.; quindi gli interdetti, le eccezioni e le stipulazioni pretorie; da ultimo i provvedimenti edilici (760). — Sono stati fatti molti tentativi per ricostruire l'editto con la scorta delle citazioni che i commentatori ne fanno e che Giustiniano ha conservate (761). La maggior parte di questi tentativi consiste in una semplice trascrizione letterale dei passi del digesto che conservano o paiono conservare memoria delle parole dell'editto e hanno pochissimo valore; le sole opere veramente critiche e condotte con metodo scientifico sono quelle del Rudorff (1869) e del Lenel (1883) (762).

§ 59.

Responsa dei giureconsulti privilegiati (763).

Le notizie date da Pomponio intorno alla origine del *ius respondendi ex auctoritate principis* sembrano a primo aspetto contradditorie e lasciano incerti se debba ascriversi tale istituzione ad Augusto od a Tiberio. Dar responsi in pubblico non era cosa nuova; infatti, lo stesso Pomponio fa risalire l'origine di questo uso a Tiberio

---

(760) Questo è in genere l'ordine del Digesto e del Codice; infatti Giustiniano (Cod. I 17, 1, 5) volle che i compilatori del Digesto seguissero il disegno dell'Editto.

(761) È probabile che avanzi la maggior parte dei commentari d'Ulpiano; per vero presso che un quinto del Digesto è desunto dalle sue opere.

(762) RUDORFF *De iurisdictione edictum* Leipzig 1869. (rec. Brinz in Krit. VIS. 1870, XI 471 e seg.). — LENEL *Das edictum perpetuum* Leipzig 1883. Quest'ultimo vinse il premio di fondazione Savigny promesso dall'Accademia di Monaco nel 1882 per la migliore ricostruzione delle *formulae* dell'editto di Giuliano, ma andò oltre i limiti del tema proposto; vedi la relazione del Brinz alla Accademia nella Z. d. Sav. Stift. R. A. 1883, IV 164 e seg. — [Il prof. Cogliolo ha annunciata una sua ricostruzione dell'editto che vedrà la luce con i tipi dell'Unione Tipografica Editrice Torinese, come terzo ed ultimo volume del *Manuale delle Fonti del Diritto romano*].

(763) Vedi Pompon. In Dig. I 1, 2, 2, 47. — Gai. I 7. — Iust. *Inst.* I 2, 8. — MACHÉLARD *Observations sur les responsa prudentium* Paris 1871. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 423 *d* e seg.].

Coruncanio in sul principio del sesto secolo della città, e si racconta che Scipione Nasica ebbe a pubbliche spese una casa nella *via sacra* a ciò fosse più agevole il consultarlo. Durante gli ultimi due secoli della repubblica ambì ogni patrono di avere intorno a sè una gran turba di clienti, a testimonio della propria importanza ed influenza. Quando pertanto Pomponio dice che Sabino fu il primo il quale godesse del privilegio di rispondere in pubblico per concessione di Tiberio, intenderà certamente di dire che a lui per primo fu conceduto di aprire una di quelle *stationes ius publice respondentium* che sono ricordate da Gellio e che servivano di convegno per discutere liberamente questioni teoriche e pratiche in materia legale (764). Il diritto di rispondere *ex auctoritate principis*, concesso da Augusto e mantenuto fino al tempo di Alessandro Severo, era assai diverso e non importava pubblicità di sorta; e nè implicava una limitazione del diritto degli altri giureconsulti a dare pareri su le questioni loro sottoposte. La peculiarità sua consisteva nel carattere della risposta che aveva tanta efficacia da obbligare il giudice che l'aveva provocata ad adottare l'opinione espressa dal giureconsulto privilegiato come se emanasse dall'imperatore medesimo. Forse Augusto era mosso da un motivo politico, dal desiderio di cattivare i giureconsulti di grido al nuovo ordine di cose e di prevenire i disordini che già avevano perturbata la repubblica per la soverchia influenza dei patroni. Quale si fosse la ragione del suo operato, i benefici effetti di esso nel diritto possono facilmente porsi in rilievo. Infatti i poteri quasi legislativi di cui erano investiti permettevano ai privilegiati consiglieri di influire sul diritto non soltanto teoricamente ma anche praticamente (*iura condere*) (765) e così formare efficacemente, con le loro interpretazioni del *ius civile* e del *ius honorarium* coordinate ai dettami del *ius naturale* un nuovo sistema giuridico (§ 55).

Invece di dare a viva voce la sua risposta, come i giu-

---

(764) Gell. XIII 13 1. — Vedi Bremer *Rechtslehrer u. Rechtsschulen im Röm. Kaiserreich* Berlin 1868 p. 8-15.

(765) Gaio e Giustiniano *l. c.* n. 763.

reconsulti non privilegiati, il giureconsulto autorizzato a rispondere *ex auctoritate principis* scriveva il suo parere a richiesta del giudice o di una delle parti e lo mandava al tribunale sotto suggello (766). Augusto non pare che badasse alla possibilità di responsi contradditori ottenuti da due o più giureconsulti privilegiati; il che era imbarazzante per un giudice. Adriano risolse la difficoltà dichiarando che in tal caso il giudice poteva seguire il proprio criterio. La più probabile spiegazione di questo rescritto di Adriano è che, essendo molto limitato il numero dei giureconsulti privilegiati, e potendo il giudice richiedere ognuno di consiglio, allora soltanto avesse il rescritto forza di legge (*legis vicem optinet*) quando tutti i consulenti erano unanimi; in caso diverso il giudice avesse facoltà di scelta e magari di non attenersi ad alcuno dei loro pareri.

§ 60.

Constituzioni degli Imperatori (767).

Gaio ed Ulpiano concordemente affermano che ogni costituzione imperiale, sia nella forma di rescritto sia in quella di decreto o di editto, aveva forza di legge. Può darsi che ai tempi di Ulpiano questa fosse la opinione dominante; ma la critica moderna è propensa a credere che il *dictum* di Gaio, scritto al tempo di Antonino Pio, risenta delle sue cognizioni asiatiche e non sia troppo accurato per ciò almeno che risguarda gli editti. Come supremo magistrato l'imperatore aveva lo stesso *ius edicendi* che i re i consoli i pretori avevano avuto prima; la sua autorità era senza dubbio maggiore di quella dei

---

(766) Seneca. *Epist.* XLIV 27.

(767) Gai. I 5. — Ulp. in Dig. I 4, 1, 1. — MOMMSEN *Röm. Staatsrecht* II 843 e seg. — WLASSAK *Krit. Studien zur Theorie der Rechtsquellen in Zeitalter d. Klass. Iuristen* Graz 1884. — A. PERNICE (rec. Wlassak) nella Z. d. Sav. Stift. 1885, N. S. VI 293 e seg. — KARLOWA *Röm. RG.* I 646 e seg. — [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 415 *g-i*, 457 *a*, 629 *a*].

pretori perchè durava per tutta la vita si estendeva su tutto l'impero e su ogni ramo del governo. Ma in origine e teoricamente il successore al trono non era obbligato ad adottare gli editti del predecessore precisamente come i pretori. Da varii testi appare evidente che non era cosa insolita che un editto fosse trascurato da un imperatore e poi rinnovato dal successore non immediato (768). Molto frequentemente quando la utilità dell'editto aveva avuto la prova degli anni, cangiavasi in un senatoconsulto (769); questo fatto prova che un editto *per sè* non aveva efficacia di legge. Accadeva forse degli editti imperiali quello che, secondo Cicerone, era d'ogni editto pretorio; questo per essere rimasto lunghi anni nell'albo di pretori succedentisi veniva ad essere risguardato come legge consuetudinaria; un naturale processo, riflettente la pubblica opinione, può aver ottenuto forza di legge all'editto stesso, anzichè alla *longa consuetudo* che ne seguiva, aprendo così la via all'assoluto diritto di legislazione dei sovrani dell'ultimo impero ed al riconoscimento della *lex edictalis* (§ 74) come sola forma di legge.

I rescritti imperiali ed i decreti (*rescripta, decreta*) ebbero forza di legge (*legis vicem habent*) fino dai primi tempi dell'impero e la loro efficacia non fu limitata alla vita del principe da cui erano emanati; ma essi non erano direttamente atti di legislazione; nell'una forma e nell'altra gli imperatori dovevano soltanto interpretare autentica-

---

(768) Veggasi ad esempio Dig. XVI 1, 2: *Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii, edictis eorum erat interdictum ne feminae pro viris suis intercederent.* Da questo testo appare che l'editto di Augusto in tal materia non fu adottato da Tiberio e da Caligola ma fu richiamato in vigore da Claudio. — Altrove (Dig. XXXVIII 6, 26) appare che un editto di Augusto contenente il divieto di diseredare il figlio che fosse soldato andò in disuso alla sua morte e non fu più rinnovato dai suoi successori. — Vedi altri esempi nelle *Inst.* II 12 pr.

(769) Gli editti ricordati nella prima parte della nota precedente formarono la sostanza dell' editto Velleano a richiesta dell' imperatore Claudio (Tacit. *ann.* IV 16). Il senatoconsulto di Tiberio in virtù del quale non più derivava la *manus* al marito come conseguenza della confarreazione (§ 68) era un editto d'Augusto richiamato in onore dal successore.

mente le leggi esistenti, benchè il limite tra la interpretazione e la innovazione sia qualche volta difficile a definire; bene spesso però non si limitavano a ciò soltanto (770). — Il rescritto era una risposta fatta dall'imperatore alla domanda di un ufficiale o di un privato intorno alla applicazione della legge al caso concreto; ciò era opportuno specialmente nelle provincie dove non era facile avere i pareri dei giureconsulti privilegiati. Quando la risoluzione imperiale era scritta a parte dicevasi generalmente *epistula;* quando era scritta a piedi del caso proposto aveva il nome tecnico di *subscriptio* o *adnotatio.* — Il decreto era un atto d'autorità dell'imperatore in risoluzione dei casi proposti a lui giudiziariamente, sia in prima istanza *extra ordinem* (§ 72), sia per *supplicatio* dopo una sentenza di tribunale inferiore, sia infine in appello. L'imperatore in qualità di giudice emanava un decreto che, per la facoltà di interpretare autenticamente la legge, aveva efficacia di gran lunga maggiore di quella delle sentenze dei tribunali inferiori (che facevano legge soltanto fra le parti) e formava un precedente per tutti gli eguali casi. Questi decreti e rescritti costituirono una delle più importanti fonti del diritto durante i primi tre secoli dell'impero, e ben a ragione erano elaborati con l'assistenza dei più eminenti giureconsulti del giorno; i rescritti erano commessi specialmente al *magister libellorum.* Dal tempo di Gordiano a quello dell'abdicazione di Diocleziano queste furono le sole fonti di diritto riconosciute (§ 64).

(770) In via d'esempio si possono citare il rescritto di Adriano (*epistula*) il quale introdusse il beneficio della divisione fra obbligati (Iust. *Inst.* III 20, 4) ed il decreto di Marco Aurelio (noto anche dopo come *decretum divi Marci*) in repressione e pena di chi si fa giustizia da sè (Dig. XLVIII 7, 7).

CAPO II.

Giurisprudenza.

§ 61.

Labeone e Capitone. — Proculeiani e Sabiniani (771).

I nomi di M. Antistio Labeone ed Ateio Capitone sono nelle fonti bene spesso accomunati; e pure codesti due giureconsulti furono in vita rivali. Capitone apparteneva al partito di Corte, Labeone invece vedeva di mal'occhio il regime monarchico che si andava instaurando; quegli si sottometteva, non dirò servilmente, ma senza opposizione alla autorità novellamente costituita ed accettava senza riluttanza il nuovo ordinamento politico; questi invece si faceva notare per la sua indipendenza alcune volte esagerata. — Molti scrittori moderni tentarono un parallelo fra i due avversari per determinare il sistema politico e soprattutto giuridico dell'uno e dell'altro; ma troppo poco noto è Capitone come giureconsulto perchè si possa parlare con qualche certezza delle sue opinioni; infatti egli è citato nelle fonti rarissime volte, tutto al contrario di Labeone il quale gode della massima autorità fra i giuristi del secolo di Augusto e di Adriano. Dai pochi avanzi che delle sue opere ci rimangono nel Digesto è facile constatare, che veramente, come ci riportano Pomponio

---

(771) Mascovius *De sectis Sabinianor. et Proculianor.* Leipzig 1728. — Van Eck *De vita moribus et studiis Labeonis et Capitonis* nel Novus Thesaurus dissert. iurid. del Oelrichs Brema 1771 1, 2, 821 e seg. — Dirksen *Ueber d. Schulen d. Röm. Juristen* nei suoi Beiträge zur Kunde d. Röm. Rechts. Leipzig 1825. — Bremer *Rechtslehrer und Rechtsschulen in Röm. Kaiserreich* Berlino 1868. — Pernice *M. Antistius Labeo* Halle 1873 e 1878. — Kuntze *Excurse über Röm. Recht* Leipzig 1880 p. 318-331. — Schanz *Die Analogisten und anomalisten im Röm. Recht* nel Philologus del 1883, p. 309 e seg. — Roby *Introduzione allo studio del Digesto* [trad. Giov. Pacchioni] Firenze 1886 p. 125 e seg. — Karlowa *Röm. RG.* I 662 e seg. — [Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 429 e seg. — Landucci *Storia del D. R.* 97 p. e seg.]

ed Aulo Gellio, egli era uomo di vastissima coltura, molto versato nella storia del diritto primitivo, e alquanto imbevuto della filosofia stoica. Indipendente nel diritto come nella politica egli criticava liberamente anche le dottrine di coloro che già gli erano stati maestri nel diritto, prendendo per norma del suo giudizio l'origine di un istituto o di una regola, origine a cui egli continuamente ricorreva, e l'obbietto che egli voleva ottenere. Una delle più celebri sue opere è quella intitolata *Libri* πιθανῶν (*probabilium*), sorta di trattato teorico che fu poi due secoli dopo compendiato ed annotato da Paolo. Un'altra delle sue opere, cioè i suoi *Libri posteriorum,* trattato pratico di varii rami del *ius civile,* fu abbreviato da Giavoleno e pare fosse tenuto in non poco conto. Oltre a ciò, Labeone scrisse dei commenti al diritto pontificale, alle XII Tavole, agli editti dei pretori cittadini e provinciali, e lasciò anche una raccolta di responsi. Non si deve misurare la stima in cui egli era tenuto dai giuristi del periodo classico, dai frammenti che si trovano riportati nel Digesto, relativamente pochi di numero e tolti quasi esclusivamente dai *Libri* πιθανῶν e dai *Posteriorum;* bensì dalla frequenza con cui tutti gli altri autori lo citano, a tale che non è difficile trovare le sue opinioni e specialmente le sue definizioni di parole giuridiche riportate, dieci, quindici, venti volte nel medesimo titolo.

Si dice che Labeone e Capitone siano stati i fondatori delle due scuole o sêtte — ambedue questi termini sono adoperati nei testi — dei Proculeani e dei Sabiniani (772); ma certo è che Gaio parla sempre di Nervo e Proculo come dei primi rappresentanti dell'una scuola, di Sabino e di Cassio come dei rappresentanti dell'altra (773). — Molti

(772) Pompon. in Dig. I 2, 2, 47-52.

(773) L'ordine secondo Pomponio è il seguente: PROCVLIANI: 1] *M. Antistius Labeo,* del tempo di Aug. e Tib.; — 2] *M. Cocceius Nerva,* console nel 22 p. Cr.; — 3] *Sempron. Proculus,* del tempo di Claudio; — 4] *Nerva iunior,* pretore l'anno 65 d. Cr.; padre dell'imperatore Nerva; — 5] *Longinus,* di cui si sa soltanto che esercitò la pretura; — 6] *Pegasus,* del tempo di Vespasiano); — 7] *Iuventius Celsus,* dei tempi di Vespasiano e Domiziano; — 8] *Neratius Priscus,* del tempo di Domiziano Nerva Traiano; — 9] *Iuventius Celsus iunior,* vissuto nel periodo di tempo che va da Diocleziano ad Adriano.

argomenti confortano l'opinione del Bremer (774) che queste scuole fossero in origine due luoghi di insegnamento rivali — *stationes ius publice docentium* (775); infatti si dice espressamente nei testi che Nerva e Procolo furono discepoli di Labeone e Masurio Sabino. Giavoleno Prisco e Giuliano sono ricordati come professori e nello stesso tempo come avvocati. Il Bremer suppone che le due scuole togliessero nome da Procolo e da Sabino perchè questi furono forse i primi a stabilirsi in luoghi permanenti nei quali cominciarono ad insegnare le dottrine che essi avevano rispettivamente ricevuto dai loro maestri e che erano tramandate ai discepoli come per tradizione. — È incerto oggi quali fossero le principali scientifiche differenze fra di essi; crede il Karlowa che i Proculeiani preferissero attenersi all'*ius civile* là dove i Sabiniani dimostravano una predilezione pel *ius gentium* e le dottrine speculative del diritto naturale; e conforta la sua teoria di molte citazioni che però provano ben poco in suo favore. Infatti sarebbe facile con i ricordi delle loro controversie che si trovano nelle pagine di Gaio (776) (il quale si professava egli stesso Sabiniano) e con molti altri testi sostenere il contrario. L'opinione del Karlowa non regge nè per ciò che risguarda la stima in che Labeone era tenuto dai giuristi dei due secoli seguenti nè per ciò che riflette i *Libri III de iure civili* di Sabino; quegli sarebbe, secondo il professore di Heidelberg,

---

SABINIANI: — 1] *M. Ateius Capito,* console l'anno 5 di Cr., morto l'anno 21; — 2] *Masurius Sabinus,* vissuto sotto Tiberio e Nerone; — 3] *C. Cassius Longinus,* morto sotto Vespasiano; 4] *Caelius Sabinus,* dell'epoca di Vespasiano; — 5] *Iavolenus Priscus,* vissuto dopo Domiziano; — 6] *Aburius Valens,* del tempo di Adriano; — 7] *Tuscianus,* dell'epoca di Adriano?; — 8] *Salvius Julianus,* del tempo di Adriano e di Antonino Pio. — Questi sono i giureconsulti stati successivamente capi delle due scuole secondo le affermazioni di Pomponio. Argomentando dal giudizio dei posteri non ebbero tutti eguali meriti, perchè alcuni di essi non sono ricordati altrove.

(774) BREMER *Op. cit.* p. 68 e seg.

(775) Gell. *n. a.* XII 13, 1.

(776) Molti di essi si troveranno in ELVERS *Promptuarium Gaianum* Goettingen 1824, sotto il titolo *Auctores diversae scholae* e *Nostri praeceptores.* Molti altri, citati altrove, sono nel MASCOVIUS *De sectis,* ecc. (vedi nota 771) e moltissimi fra questi sono ricordati dal Roby.

un pensatore indipendente ed innovatore in molti rami del diritto; questi sarebbero stati considerati dai medesimi giuristi come il più autorevole trattato, benchè breve, quindi ne trassero voluminosi *commentarii ad Sabinum.*

§ 62.

Giuliano Gaio e i giuristi del tempo degli Antonini.

È cosa impossibile, in opera di modeste dimensioni quale è questa, ricordare tutti coloro che dettero opera al diritto romano nel presente periodo (777). Labeone e Capitone furono i più insigni dell'epoca di Giuliano; sotto il regno dei Flavi non sorse alcuno che eguagliasse questi due. Sotto Adriano e gli Antonini i nomi più celebri sono quelli di Salvio Giuliano di Pomponio di Africano di Gaio e di Q. Cervidio Scevola. Il primo, che al dir di Pomponio (778) fu al suo tempo capo della scuola Sabiniana, era di origine africano, e nonno dal lato materno dell'imperatore Didio Giuliano. Sotto Adriano ed Antonino Pio egli coprì le cariche di pretore di console e di *praefectus urbi* e per lungo tempo fu l'anima del consiglio imperiale. A lui Adriano affidò il compito di compilare il nuovo Editto; questa però fu piccola opera a confronto dei suoi *Digesta* (779) cui dedicò la maggior parte della sua vita. Labeone si era avanzato risolutamente nella via delle

---

(777) Gli studii intorno ai giureconsulti del così detto periodo classico sono moltissimi. Fra essi vedi RUDORFF *Röm. RG.* I 89-91. — FERRINI *Fonti* p. 55 e seg. — FITTING *Ueber das Alter d. Schriften d. Röm. Juristen von Hadrian bis Alexander* Basilea 1860. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 434 e seg. — LANDUCCI *Storia del D. R.* p. 435 e seg. — Il FERRINI pubblica da qualche tempo, nei Rendiconti dell'Inst. Lombardo, una serie di studii esegetici pregevolissimi su varii giureconsulti. È da augurarsi di veder molti consimili lavori che soli possono dare una vera e coscienziosa *storia della giurisprudensa romana.* — Si vegga ad esempio FERRINI *Sesto Pedio* Riv. Giur. ital. I 1; *Atilicinus* Zeitschr. d. S. VII 216].

(778) Vedi § 61 n. 771 — BUHL *Salvius Julianus* Heidelberg 1886 I 2-134.

(779) Vedi MOMMSEN *Ueber Julians Digesta* nella Z. f. RG. 1870, IX 82. — BUHL *l. c.* p. 86 e seg.

innovazioni, ma Salvio Giuliano andò molto oltre nella riforma del diritto. In novanta libri, con il medesimo ordine seguito nell'Editto, svolse tutto il diritto civile ed il pretorio, illustrando le sue dottrine con molti esempi pratici, con nuove questioni e ardite risoluzioni; epperò non v'è forse alcun altro nell'intero corpo del diritto romano le opinioni del quale siano così spesso riferite da successori e da contemporanei.

Sesto Pomponio fu contemporaneo di Giuliano ma gli sopravisse. La sua carriera letteraria cominciata sotto il regno di Adriano continuò per ventitre anni del regno di Antonino Pio e per buona parte anche di quello di Marco Aurelio e di Vero. La sua opera fu svariata: archeologica storica scientifica e critica. Le sue letture su Quinto Muzio Scevola (p. 278) furono utilizzate dai giuristi del periodo di Severo e furono ritenute importanti dai commissarii di Giustiniano. Altrettanto si deve dire delle sue *Epistulae* che hanno in genere sembianza di pareri dati ai clienti in forma più ampia, con maggior copia di argomenti e di critica che non si usasse nei *Responsa* del consiglio patentato. Furono tenuti ancor più in considerazione per la compilazione del Digesto i suoi scritti su Sabino; è però strano che i suoi voluminosi commentarii all'editto non siano stati riportati direttamente nel Digesto, quantunque se ne trovino frequenti citazioni nei frammenti dei commentarii di Ulpiano e Paolo. Pomponio è poi più noto ai moderni per il suo *Enchiridion* di cui un lungo brano è conservato nel Digesto e che ci dipinge a larghi tratti la storia del diritto dalla fondazione della città ai tempi di Adriano (780).

Del medesimo periodo di Giuliano ed amico a lui, benchè forse più giovane d'anni fu Sesto Cecilio Africano che Gellio introduce a discutere con Favorino intorno ad alcune antichità delle XII Tavole, ma senza darne il cognome. Sue principali opere sono parecchi libri di Questioni

(780) Molti critici ritengono che questo testo sia in gran parte corrotto. Vedi in particolare OSANN *Pomp. de origine iuris frag.* Giessen 1848. — Il SANIO ha cercato di ricostruirlo ed emendarlo valendosi di Varrone, nella sua *Varroniana in d. Schriften d. Röm. Juristen* Leipzig 1867.

(*Quaestiones*) e un più gran numero di *Epistulae*. Alle prime attinsero largamente i commissarii di Giustiniano, scarsamente invece alle seconde. Nelle Questioni vi è questo di rimarchevole: che il caso, espresso in forma interrogativa, e la risposta ad esso sono molto spesso retti da un verbo in terza persona, *ait*, *respondit*, ecc.; da ciò molti deducono che Africano non esprima la propria opinione ma quella di qualche altro consulente, probabilmente di Giuliano. I suoi scritti sono acuti ed esatti ma talvolta oscuri; onde fu un tempo comune il detto *lex Africani ergo difficilis*.

Gaio deve considerarsi come posteriore di alquanto a Giuliano Pomponio ed Africano, perchè quantunque egli parli di un fatto del regno di Adriano come occorso al suo tempo, tuttavia la sua attività letteraria cominciò solo sotto Antonino Pio continuando fin dopo la morte di Marco Aurelio. Benchè la sua fama nel quinto secolo fosse tale da farlo uno dei preferiti nella costituzione di Valentiniano sulle Citazioni, tuttavia nulla si conosce della sua vita. Egli è ricordato una sola volta da un suo contemporaneo [781]; mai da alcun successore. Molti scrittori moderni di grandissima autorità [782] sono d'opinione, per l'intima natura dei suoi scritti, che egli fosse provinciale e probabilmente asiatico; altri sostengono invece che a Roma soggiornasse stabilmente [783]. Non si può però trascurare di osservare che nelle Istituzioni egli dedicò buona parte della sua attenzione a particolarità del diritto che riguardano i peregrini; e il Karlowa crede — conciliando le due opposte opinioni — che egli inse-

---

(781) Da Pomponio, in Dig. XLV 3, 39: *quod Caius noster dixit*. Non è certo se Pomponio si riferisse a Caio Cassio Longino, uno dei capi della scuola Sabiniana. Gaio era senza dubbio Sabiniano al pari di Pomponio ed il *noster* può valere semplice consenso nella opinione; ma il *dixit* lascia supporre che si tratti di un predecessore e non di un contemporaneo.

(782) Per esempio, MOMMSEN *Gaius ein Provincialjurist* nel Bekker und Muther's Jahrb. 1859, III 1 e seg. — BLUME nella Z. f. RG. 1864, III 452 e seg. — KUNTZE *Der Provincialjurist Gaius wissenschaftlich abgeschätzt* Leipzig 1883.

(783) Per esempio, HUSCHKE nella Z. f. RG. 1868, VII 161 e seg. e nella introduzione alla 4.ª edizione di Gaio.

gnasse in Roma, ma dedicasse il suo insegnamento specialmente ai provinciali che colà risiedevano [784]. Certo è che si distinse come insegnante e come giurista teorico; è molto dubbio in vero se egli esercitasse l'avvocatura, non avendo avuto mai il *ius respondendi*. L'opera sua più celebre sono le così dette *Istituzioni* (*Institutionum commentarii quattuor*) di gran valore come compendio delle dottrine fondamentali del diritto, e pregevole per la semplicità del metodo per l'interesse delle illustrazioni storiche e per la precisione e forbitezza dello stile. Tuttavia l'entusiasmo prodotto dalla felice scoperta del suo manoscritto fatta nell'anno 1816 (§ 65), nel momento in cui sorgeva la scuola storica del diritto, ingenerò un senso di esagerata gratitudine verso Gaio che portava tanta copia di materiali e gli ottennero rinomanza maggiore di quella che ai suoi reali meriti compete; perchè come giureconsulto non può esser posto allo stesso livello di Labeone di Giuliano di Ulpiano o di Papiniano. Forse si deve al suo grado secondario se il suo nome non si trova mai nelle pagine dei suoi contemporanei e successori: gli uomini che sedevano nel consiglio imperiale e rispondevano *ex auctoritate principis* non citavano certamente quegli che pur essendo abile e rinomato insegnante non aveva esperienza pratica nè fama grande di giureconsulto teorico. Le sue opere paiono informate a scopo didattico — i suoi commentarii, cioè, alle XII Tavole all'editto degli edili all'editto provinciale alla *Lex Julia et papia poppœa*, i suoi titoli scelti dall'editto urbano, le sue monografie sulle fiducie testamentarie sulla dote sulle obbligazioni verbali e sui senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano, i suoi *Libri aureorum*. L'ultima di queste opere — *Rerum quotidianarum sive aureorum libri VII* — è un repertorio del diritto su casi occorrenti giorno per giorno e sembrano avere qualche attinenza con le Istituzioni, aggirandosi nel medesimo campo, più minutamente, e trattando di molte cose inopportune in un trattato elementare. I frammenti conservati nel Digesto sono modelli di esposizione, ma rivelano poca originalità nell'autore.

(784) Karlowa *Röm. RG.* I 722. — Vedi Roby *Introduzione* p. 184 e seg.

Sotto questo rispetto Gaio resta indietro di assai a Giuliano; perchè incede a passo fermo dove il terreno è sicuro ma diventa timido ed esitante di fronte ad una difficoltà. Nonostante però questi difetti le sue Istituzioni godono meritamente molta stima. La critica può scoprire in essi alcuni errori storici (785) ed anche scientifici, ma questi diventano insignificanti di fronte alla copia di notizie che conservano intorno a tutto il diritto della epoca repubblicana e del primo periodo imperiale (786).

Q. Cervidio Scevola fu ancora posteriore a Gaio; cominciò, a quel che pare, la sua carriera nel regno di Antonino, continuandola splendidamente sotto il regno di Marco Aurelio nel cui consiglio egli sedeva (787); forse esercitò la sua professione anche nei primi anni di Settimio Severo. Egli fu maestro all'imperatore nel diritto e nel tempo stesso ebbe per scolaro Papiniano. Presso i suoi successori ebbe grande fama come avvocato consulente; i suoi clienti, a giudicarne dai suoi *Digesta* e dalle sue *Quaestiones*, sembra fossero quasi tutti delle provincie greche. Le sue *Quaestiones*, sono molto brevi ed acute, ed i responsi talvolta non motivati. La medesima fattispecie, lo stesso caso controverso riappare nei suoi *Digesta*, ma in questi è trattato più estesamente e con maggior copia di argomenti. Non si creda però che questa opera sia dedicata soltanto a casi pratici di diritto, poichè essa contiene anche molta parte di dottrina, esposta dogmaticamente con la scorta dei più puri criteri scientifici, il che giustifica l'elogio fattogli da Arcadio ed Onorio dicendolo *prudentissimus iurisconsultorum* (788).

---

(785) Vedi LOTMAR *Krit. Studien* in Sachen der Contravindication München 1878, p. 10-22, 53-57. — KUNTZE *Der Provincialjurist Gaius*, ecc.

(786) La letteratura intorno a Gaio è enorme; il trattato più recente è quello del GLASSON *Études sur Gaius*, ecc. Paris 1885.

(787) Secondo quello che Capitolino (*Marc.* 1) dice, è probabile che Scevola fosse uno dei prefetti del pretorio dell'imperatore.

(788) Cod. Theod. IV 4, 3, 3.

§ 63.

Papiniano Ulpiano e Paolo.

Emilio Papiniano (789) ebbe, si crede, i natali in Fenicia. Ammaestrato da Scevola egli era già *advocatus fisci* sotto Marco Aurelio, divenne poi *magister libellorum* (§ 60) e finalmente prefetto del pretorio sotto Settimio Severo. Pare che un matrimonio lo imparentasse con quest'ultimo imperatore; certo è che fu tra i suoi più intimi e fidi amici. Accompagnò Severo in Britania; e forse il decreto del Codice datato da York nel 210 può non senza ragione attribuirsi alla sua penna (790). L'imperatore prima di morire gli affidò i suoi due figliuoli, ma egli non potè impedire l'uccisione del più giovane ed il suo rifiuto a giustificare questo atto condusse lui stesso alla morte per ordine ed in presenza del più vecchio. Le parole che gli si attribuiscono nella sua risposta a Caracalla — difendere l'assassinio di un innocente è lo stesso che ucciderlo un'altra volta — caratterizzano Papiniano, in cui la integrità d'animo e la moralità eguagliavano la eccellenza nel diritto. Forse l'una cosa giovò all'altra, infatti egli fu principe dei giuristi soprattutto perchè niuno dei suoi contemporanei seppe meglio coordinare diritto e morale. Le sue opere principali furono una raccolta di *Quaestiones* in trentasette libri e diciannove libri di *Responsa.*

Ulpiano e Paolo, suoi contemporanei, ma alquanto più giovani, furono a quel che pare invidiosi della sua fama così da criticare aspramente molte delle sue opinioni. Ma la posterità giudicò di essi; e prima Costantino nel 321 poscia Teodosio e Valentiniano nel 426 si rifiutarono di permettere che le note di costoro potessero essere citate

(789) Vedi Ael. Spart. *Carac.* 8. — Ev. Otto *Papinianus sive de vita etc.* Leyda 1718. — Roby *Introduzione* p. 202 e seg. — [G. Mantellini *Papiniano* Torino 1878].

(790) Cod. III 32, 1.

in tribunale per combattere le opinioni di Papiniano. Giustiniano è anche più prodigo degli altri imperatori nelle lodi all'ingegno di Papiniano e fra gli altri epiteti lo dice: *splendidissimus, acutissimus, disertissimus, sublimissimus, σοφώτατος, merito ante alios excellens*. La critica moderna, tanto rigorosa nel valutare la fama degli uomini, accetta il verdetto dell'antichità fino a porre Papiniano di gran lunga al di sopra dei suoi contemporanei per acutezza nel cogliere il vero punto della questione rilevando da che parte stiano rispettivamente la ragione ed il torto; infatti non ha eguali nella determinazione della fattispecie, eliminando tutte le circostanze di fatto insignificanti e tuttavia trovando rapporti che sarebbero sfuggiti ai più, e nell'applicare senza sforzo al caso la regola come se scaturisse naturalmente dal fatto e fosse evidente per tutti. Nessuno fu più degno di lui di rispondere *ex auctoritate principis* e nessuno dimostrò un più alto sentimento ad un tempo del potere che questa carica gli conferiva e della responsabilità che gli imponeva.

Domizio Ulpiano e Giulio Paolo fecero la loro prima comparsa nella vita pubblica come assessori dell'*auditorium* di Papiniano e membri del consiglio di Settimio Severo; durante il regno di Caracalla furono a capo di due cariche ministeriali, degli archivii e delle suppliche. Ulpiano fu di origine Tiro, e ciò forse gli valse la intimità di Alessandro Severo, la madre del quale, Giulia Mammea, veniva dalla Siria Fenicia. Eliogabalo lo aveva privato delle sue dignità ed espulso da Roma: ma salito al trono Alessandro che allora contava appena sedici anni egli fu richiamato, divenne tutore dell'imperatore, prefetto del pretorio, ed in realtà reggente. La diminuzione dei privilegi che erano stati da Eliogabalo conferiti ai pretoriani gli inimicò costoro e più volte egli riuscì a stento a sfuggire la loro vendetta, finchè nell'anno 228 durante un'orgia della soldatesca e del popolaccio Ulpiano fu ucciso nel palazzo imperiale ove si era rifugiato, quasi nelle braccia dell'imperatore. Però fa meraviglia che nonostante le cure del governo egli abbia potuto condurre a termine opere giuridiche di tanta mole; forse le aveva quasi compiute quando Alessandro Severo salì al trono.

Scrisse egli un commentario sul *ius civile « ad Sabinum »* in più che cinquanta libri, un commento all'editto in ottanta libri, raccolte di Opinioni Responsi e Dispute, libri di Regole ed Istituzioni, trattati sulle attribuzioni dei diversi magistrati (uno di questi trattati — quello *de officio proconsulis libri X* — è una estesa esposizione del diritto criminale); inoltre monografie su varie leggi, sulle fiducie testamentarie e simili. La maggior parte di questi lavori si distingue per la scientifica trattazione dei più elevati principii del diritto, confortata da una saggia critica e pregevole per grande chiarezza di disposizione, per eleganza di stile e purezza di lingua; ma dappertutto rivelano ad evidenza quanto egli togliesse de' più antichi giureconsulti. Le osservazioni filosofiche alle quali si abbandona nelle sue Istituzioni sono superficiali; ma gli esempi che dà sono modelli di concisioni e non mancano di eleganza. L'insieme delle sue opere fu per un terzo circa riportato nel Digesto di Giustiniano; quasi un quinto di questi estratti è fornito dal suo commento all'Editto.

Paolo, il quale sembra essere stato in gioventù scolaro di Scevola e nell'età più matura suo ardente ammiratore, ebbe una carriera letteraria molto simile a quella di Ulpiano: egli fu estremamente fecondo finchè, successore di Ulpiano, divenne prefetto del pretorio; ma le cure del governo non gli impedirono per buona sorte di continuare i suoi studii. L'attività di questi due giureconsulti ebbe quasi il medesimo oggetto; tuttavia Paolo si contentò di un Commentario a Sabino più breve di quello di Ulpiano pur dando opera a maggior numero di monografie, alcune delle quali sono dedicate alla esposizione di norme di procedura. Egli aveva doti maggiori di Ulpiano, non cedendo a lui in acutezza, anzi vincendolo talvolta in sottigliezza. Modestino, che era scolaro di Ulpiano, parla con calore di questi due κορυφαῖοι των νομικῶν, ed alcuni degli ultimi imperatori, dimentichi di Labeone e di Giuliano, regalarono a Paolo elogi che sembrano farlo secondo soltanto a Papiniano. Mancavano però a lui due qualità nelle quali Ulpiano invece era grande, — precisione di esposizione e chiarezza di elocuzione; a buon

dritto quindi i suoi scritti contribuirono al Digesto nella ragione soltanto di un quinto del loro totale, mentre Ulpiano vi contribuì in proporzione di un terzo.

§ 64.

Modestino e gli altri giureconsulti dopo Severo.

Erennio Modestino, nato o almeno oriundo d'una provincia greca, scolaro di Ulpiano, merita speciale attenzione per ciò solo che fu posto dalla legge Valentiniana sulle citazioni (§ 78) al medesimo livello di Gaio Papiniano Ulpiano e Paolo. Si conservano nel Digesto molti passi delle sue opere, alcuni dei quali in greco; ma essi rivelano che il loro autore mancava di ampie vedute ed aveva grande tendenza al cavillo. La sua carriera cominciò sotto il regno di Caracalla, continuò per tutto il regno di Alessandro e durante l'anarchia che seguì la estinzione della dinastia dei Severi. Egli è ricordato con onore nell'editto di Gordiano dell'anno 239, ed in una iscrizione dell'anno 244 che si conserva nel museo Capitolino (791) è menzionato come uno degli arbitri in una questione insorta per una società di folloni. Dopo quest'epoca quattro giureconsulti soltanto sono citati nel Digesto; due di essi, Ermogeniano ed Arcadio Charisio, si crede abbiano vissuto verso la metà del quarto secolo. Con Modestino la letteratura giuridica nel vero senso della parola sembra vicina a spegnersi, anzi è opinione generale che con codesto giureconsulto venga meno ogni senso di diritto, ma questa opinione è alquanto esagerata. Vi sono nel Codice di Giustiniano circa trecento rescritti dei sei anni del regno di Gordiano; le costituzioni del regno di Diocleziano, mezzo secolo dopo, se la lista dell'Haenel è esatta (792), ammontano a circa milleduecento o milletrecento; nove decimi di queste sono rescritti. An-

(791) Stampata in BRUNS *Fontes* p. 259.

(792) *Index legum* in fine all'HAENEL *Corpus Legum ab imp. rom. ante Justin. latarum* Leipzig 1857.

che in qualcuno dei regni intermedii, come ad esempio in quello di Filippo l'Arabico, di Valeriano, di Gallieno, il numero delle leggi è relativamente considerevole. Molti di quei rescritti hanno grande importanza e non la cedono in nulla a quelli del periodo anteriore. Ora ciò non potrebbe essere se la giurisprudenza alla morte di Alessandro Severo fosse decaduta come generalmente si ritiene. Che vi sia stato peggioramento non si può mettere in dubbio, essendo quasi completamente cessati l'attività letteraria e ad un tempo l'uso di dar responsi; quest'ultimo fatto vuolsi però attribuire all'accresciuto assolutismo, per il quale anzi si abolì il consiglio privilegiato che rispondeva prima *ex auctoritate imperatoris*. L'imperatore divenne l'unica fonte di legittima interpretazione, e il concilio imperiale, onde traeva aiuto nei suoi lavori, accolse gli ultimi e pochi rappresentanti della giurisprudenza (793).

§ 65.

Resti della giurisprudenza in questo periodo.

Ciò che ci avanza della giurisprudenza dei tre primi secoli dell'impero è quasi tutto nel Digesto di Giustiniano (§ 84); le costituzioni imperiali sono incorporate in varie collezioni degli ultimi tempi dell'impero e nel Codice di Giustiniano. Un considerevole numero di frammenti degli scritti di Gaio di Papiniano di Ulpiano e di Paolo si trova anche nella *Collatio* nei *Fragmenta Vaticana* e nella *Consultatio* (§ 81). Oltre a ciò abbiamo da altre parti tre testi di grande importanza: le Istituzioni di Gaio, parte di un'opera di Ulpiano e le *Sententiae* di Paolo oltre a qualche opera minore e a pochi frammenti isolati (794).

---

(793) Vedi su questo punto Hoffmann *Der Verfall der röm. Rechtswissenschaft* nei suoi Krit. Studien im Röm. Rechte Vienna 1885 p. 3 e seg.

(794) Su i resti della giurisprudenza del periodo classico vedi le notizie del Karlowa *Röm. RG.* I 758. — [Landucci *Storia del D. R.* p. 97 e seg.].

Un compendio delle Istitute di Gaio in due libri si ha nella *Lex Romana Visigothorum* (§ 82)(795), che fu scoperto per il confronto con i passi originali che si trovano nel Digesto di Giustiniano. Si conobbe poi che il testo originale non venne da Gaio compilato a scopo di insegnamento e che lo si adottò come libro elementare soltanto dall'epoca in cui fu aperta la scuola di Costantinopoli, cioè nel 425 fino alla riforma di Giustiniano nel 533. Grande fu perciò il rammarico, più volte espresso, della perdita di tale monumento e grande in conseguenza fu l'esultanza per la felice ventura dello scoprimento di una copia dell'originale nella principale biblioteca di Verona. Scipione Maffei nella seconda metà dello scorso secolo, parlando di alcuni dei tanti e così importanti documenti che colà si trovano, riferì e pubblicò un foglio smarrito che trattava degli interdetti; passò questo inosservato o quasi e fu primo l'Haubold nel 1816 ad accorgersi come fosse un brano di quel Gaio che da tanti anni si rimpiangeva perduto. Quasi nello stesso tempo per una strana coincidenza il Niebuhr, passando per Verona, e visitando la biblioteca, s'imbattè in un palimsesto delle Epistole di san Gerolamo, sotto le quali egli scoprì ciò che congetturò a prima vista essere un trattato di Ulpiano ma che il Savigny a cui il Niebuhr comunicò la sua scoperta unitamente con il foglio sugli interdetti ed un foglio del palimsesto giudicò subito essere opera di Gaio (796). Ulteriori ricerche confermarono trattarsi veramente di una copia delle Istituzioni, scritte su 127 fogli in quarto grande. L'Accademia di Berlino mandò tosto commissarii per trascrivere il ms. e nel 1820 l'opera fu stampata dall'editore Göschen, molto incompleta perchè moltissime pagine del manoscritto erano illeggibili mancando una sufficiente azione chimica sulla carta pecora di cui i monaci avevano guasta la superficie con la pietra pomice. Il Blume sottopose a nuovo esame il palimsesto; ma sfortunatamente l'uso im-

(795) Stampato a parte la prima volta nel 1525. — L'ultima edizione è quella del Boecking *Corp. iur. rom. anteiustinianei* Bonn 1831.

(796) La notizia della scoperta resa pubblica dal Savigny, unitamente ad una lettera del Niebuhr, si trova nella Z. f. Gesch. R. W. 1817, III 129 e seg.

prudente ch'egli fece di potenti agenti chimici distrusse più che non rivelasse le parole non chiare. In breve tempo le edizioni si succedettero alle edizioni ciascuna offrendo nuovo contributo di lezioni per correggere gli errori e colmare le lacune. La stranèzza di alcune di queste interpretazioni persuase i più prudenti della necessità di richiamare la critica al manoscritto stesso. Il Böcking si pose a lavorare per fare un fac simile, ma si limitò alle parti già trascritte dal Göschen e dal Blume (797). Ciò era affatto insufficiente, e l'Accademia di Berlino mandò lo Studemund a Verona incaricandolo di una nuova trascrizione del manoscritto. Egli vi impiegò più mesi del 1866 1867 e 1868, e quando ebbe compiuto il suo lavoro preparatorio ottenne dalla benemerita Accademia ogni sorta di tipi per imitare le lettere e gli altri segni dell'originale; così potè lo Studemund pubblicare il suo *Apographum* nel 1874 (798). Esso è della stessa grandezza dell'originale e rappresenta linea per linea, lettera per lettera tutto ciò che lo Studemund potè decifrare; le parole e le lettere dubbie sono stampate in carattere più leggiero, come le parole lette dal Göschen, prima che i preparati chimici del Blume avessero reso quei passi indecifrabili, le quali però sono chiuse tra parentesi quadre: i luoghi dove niuno potè mai leggere nulla sono lasciati in bianco.

Questa splendida e diligente riproduzione rimarrà probabilmente la base di ogni edizione per molti anni avvenire (799); ma le fu fatto già un primo supplemento, ri-

(797) *Gai. Inst. cod. Veron. Apographum ad Goescheni Hollwegi Blumii schedas compositum... publicavit* Ed. Boecking Leipzig. 1866.

(798) *Gai. Institutionum Cod. Veron. Apographum..... edid.* Guilielmus Studemund Leipzig 1874.

(799) Dopo il 1874 furono ristampate in base all'apografo Studemundiano dal Polenaar Leida 1876; dal Krüger e Studemund insieme, Berlino 1877 e 2.ª ediz. 1884; dall'Huschke, nella sua 4.ª edizione della *iur. ant.* Leipzig 1879; dal Muirhead, Edinburgh 1880; dallo Gneist Leipzig 1880; dal Dubois Parigi 1881; dall'Abdy e Walker Cambridge 1885 (non tien conto però dell'edizione dello Studemund pubblicata nel 1884). — Il Dubois riproduce l'*Apographum* più letteralmente degli altri; non tentando alcuna ricostruzione ma ponendo a piè di pagina con frequenti critiche le ipotesi dei precedenti editori.

sultato di una nuova indagine sul manoscritto con nuovi reagenti chimici, per opera dello Studemund stesso e del Krüger rispettivamente negli anni 1878 e 1883; quest'altro esame aggiunse non poco a ciò che era già stato decifrato, e smentì con certezza molte ricostruzioni dei passi indecifrati che erano state proposte (800).

Nel 1549 il vescovo Dutillet tolse da un manoscritto che era in suo possesso e pubblicò ciò che pareva essere un frammento di un'opera di Ulpiano. Il manoscritto poco dopo scomparve, ma parve a molti di poterlo identificare con uno che esiste ora nella Biblioteca Vaticana (801) e che comincia con le parole: INCIPIVNT TITVLI EX CORPORE VLPIANI. La critica moderna ha posto in chiaro che codesti *tituli* appartengono ad una epitome del *Liber singularis regularum* di Ulpiano fatto poco dopo l'anno 320 con la semplice omissione delle cose non più applicabili alle mutate condizioni del diritto; non appaiono maggiori alterazioni del testo (802). È una specie di *vade-mecum* per gli avvocati, anzichè un libro pei principianti, racchiudendo una serie di ditterii giuridici esposti con incomparabile chiarezza e precisione; segue in gran parte l'ordine di Gaio, incorporando tuttavia molte cose che egli aveva appositamente omesse, come il diritto dotale le leggi giulia e papia poppea e via dicendo. Sventuratamente una gran parte di esso è andata perduta perchè il manoscritto termina bruscamente con il diritto successorio, cosicchè mancano le regole relative alle obbligazioni ed alla procedura; e la mancanza è più sensibile perchè anche altrove poche notizie e norme si hanno su

---

(800) *Supplementa ad Codicis Veron. Apographum studemundianum composuit* GUIL. STUDEMUND. Questi sono stampati in *fac simile* nella introduzione alla edizione di Gaio che lo Studemund ed il Krüger pubblicarono per gli studenti a Lipsia nel 1884; ne è tenuto conto anche nel testo del Gaio che forma il primo tomo della *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum* edita sotto gli auspici del Krüger del Mommsen e dello Studemund.

(801) SAVIGNY *Ueber d. Vatikanische ms. des Ulpian* nei suoi Verm. Schrift. III 28 e seg.

(802) MOMMSEN *De Ulpiani Regularum libro singulari* nella 4.ª edizione del Böcking, Bonn 1885. — KRÜGER nella prefazione alla edizione di Ulpiano di cui è parola nella nota seguente.

quest'ultimo punto specialmente. Tutte le edizioni moderne si basano sul fac simile del manoscritto Vaticano fatto nel 1855 (803).

Le così dette *Sentenze* di Paolo (*Juli Pauli libri V sententiarum ad filium*) benchè abbiano nel titolo unità di trattato, sono una collezione di varii frammenti raccolti da varie fonti.

L'originale, che era un *vade-mecum* per la pratica più dettagliato e completo di quello d'Ulpiano, fu scritto secondo l'ordine dell'Editto di Giuliano; era tenuto in gran conto nei secoli terzo e quarto; e per un decreto di Costantino del 327 e per la disposizione del 526 di Valentiniano sulle Citazioni fu dichiarato aver forza di legge come qualsiasi costituzione imperiale (804). La autorità così accordata alle Sentenze, spiega il perchè esse trovassero luogo nella *Lex Romana Visigothorum* (§ 82); in questa sono però grandemente abbreviate per l'omissione di tutto ciò che i compilatori giudicarono non avere più pratica utilità. Alcuni dei mss. posteriori della collezione dei Visigoti contengono passi che non sono nei più antichi; ma le principali fonti per la ricostituzione del testo sono il Digesto di Giustiniano, la *Collatio*, i Frammenti Vaticani e qualche altra collezione meno importante benchè in qualche cosa giovevole.

In ultima analisi, avanzano i cinque libri, benchè non completi, divisi in titoli numerati (sono circa tre volte più di quanto rimanga delle Regole di Ulpiano); così almeno sono nella edizione del Krüger dove i passi tolti

---

(803) *Ulpiani Liber sing. Regularum. Cod. Vat. exempl. cur* Ed. Boecking Leipzig 1885. Fra le successive edizioni voglionsi ricordare quelle del Vahlen Bonn 1856; del Krüger nel II vol. della *Collectio* ricordata nella nota 800, Leipzig 1878; dell'Huschke, nella 4.ª ediz. della *Jurispr. anteiust.*, Leipzig 1879 p. 547 e seg.; del Muirhead, in appendice al suo *Gaius* Edinburgh 1880; dello Gneist, nella 2.ª ediz. dei suoi *Syntagma Institutionum* Leipzig 1880; e di Abdy e Walker in appendice al loro *Gaius* 3.ª ediz., Cambridge 1885.

(804) Dice la *Consultatio* (vedi § 81) VII 3: *secundum sententiam Pauli iuridici, cuius sententias sacratissimorum principum scita semper valituras ac divalis constitutio declarant.* È forse in conseguenza della autorità loro accordata in tal guisa, che esse sono denominate in alcuni mss. *Pauli Receptae Sententiae.*

dal Digesto, ecc. sono stampati come parte del testo; altri editori, come ad esempio l'Huschke, si contentano di riportare quei passi nei luoghi che essi credono loro proprii, e di stampare gli altri in *extenso* come si trovano nei manoscritti della collezione dei Visigoti (805).

Minore importanza dei tre trattati di cui abbiamo sin qui parlato, ma tuttavia considerevole pregio pel giureconsulto hanno i testi seguenti: 1) Alcuni frammenti *Notae iuris* di Valerio Probo che fu del tempo di Nerone Vespasiano e Domiziano; consistono esse nella spiegazione del significato delle sigle e delle abbreviazioni che occorrono nelle leggi e nei plebisciti, nella pratica del *ius civile*, nelle *legis actiones*, e nell'Editto perpetuo. Per esempio: A·T·M·D·O· è interpretato: *aio te mihi dare oportere;* B·E·E·P·P·V·Q·I, *bona ex edicto possideri, proscribi venireque iubebo,* e così via dicendo per oltre 150 *notae*. La migliore edizione è quella del Mommsen nella collezione dei Grammatici Latini del Keil (806). — 2) *Volusii Maeciani assis distributio*, trattato sulle monete sui pesi e misure e i modi usuali di dividere una eredità, scritto al tempo di Antonino Pio o di Marco Aurelio. Anche qui la più pregevole edizione è quella del Mommsen negli atti dell'Accademia Sassone (807). — 3) *Fragmentum Dositheanum de manumissionibus*, passo di un libro scolastico datato dal 207 che il maestro (Dositheo) era solito di dare ai suoi scolari per traduzione. Il suo originale è attribuito da alcuni a Pomponio, da altri a Cervidio Scevola, da altri ancora a Gaio, Ulpiano, e Paolo (808). 4) Il così detto *Fragmentum de iure fisci.* Questo fu trovato dal Niebuhr nella biblioteca canonica di Verona, quando scoprì il ms. di Gaio. Vi è discrepanza di opi-

---

(805) Le edizioni sono numerose; ma è sufficiente ricordare quella del KRÜGER (del 1878) nel secondo volume della *Collectio librorum* citata nella nota 800 e quella dell'HUSCHKE nella sua *Jurisprudentia anteiustiniana.*

(806) Si trovano anche nella *Collectio,* II 141, ed in HUSCHKE *l. c.* p. 129 e seg.

(807) Stampato in HUSCHKE *l. c.* p. 409 e seg.

(808) Stampato nel vol. II della *Collectio,* etc. p. 149 e seg. ed in HUSCHKE *l. c.* p. 422 e seg. — Per le diverse opinioni intorno ad essa vedi KARLOWA *Röm. RG.* p. 764 e seg.

nioni intorno alla sua data ed al suo autore: la maggior parte dei critici lo attribuisce a Paolo, ma l'Huschke lo crede di Ulpiano; altri giuristi non lo ritengono anteriore al tempo di Diocleziano. Fu per la prima volta edito dal Göschen nel 1820 insieme con Gaio. Il Krüger fece una nuova trascrizione del ms. nel 1868: il suo fac simile è fondamento a tutte le edizioni posteriori (809).

Si hanno inoltre poche linee di Pomponio sulla indivisibilità delle servitù, per la prima volta pubblicate nel 1536 da un MS. che apparteneva ad uno degli Scaligeri (810); — una sentenza del primo libro dei Responsi di Papiniano riguardo alle convenzioni tra marito e moglie, che forma la conclusione della *Lex Romana Visigothorum* (811); — due fogli di pergamena molto guasti, portati dall'Alto Egitto nel 1878 ed ora depositati nel Museo di Berlino, che contengono estratti del quinto libro dei *Responsi* di Papiniano con alcune note di Ulpiano e di Paolo (812); — altre quattro lacere pergamene del nono libro dei responsi di Papiniano, trovate in Egitto circa nello stesso tempo ed ora nel Museo del Louvre (813); — qualche passo delle istituzioni di Ulpiano, scoperto da Endlicher nel 1835 nella libreria imperiale di Vienna su una pergamena che formava la coperta di un papiro manoscritto *De trinitate* (814); — un brano del secondo libro delle Istituzioni, di Paolo in Boezio sulle Topiche di Cicerone (815); — un

---

(809) *Fragmentum de iure fisci edidit* PAULUS KRUEGER Leipzig 1868. — Vedi *Collectio*, etc., II 162 e seg. — HUSCHKE *l. c.* p. 615 e seg.

(810) *Collectio*, etc., II 148. — HUSCHKE *l. c.* p. 146 e seg.

(811) *Collectio*, etc., vol. II 157. — HUSCHKE *l. c.* p. 433.

(812) Furono la prima volta comunicati alla Accademia di Berlino dal Krüger nel 1879 e 1880; e dopo di allora furono oggetto di molti articoli, i principali dei quali sono ricordati dal KARLOWA *Röm. RG.* I 765 e 766 in nota. È cosa notevole che nei codici le lettere rosse delle rubriche sono perfettamente conservate e le lettere nere del testo sono in gran parte illeggibili.

(813) Furono pubblicate la prima volta dal DARESTE nella *Nouv. Rev. Hist.* 1883 p. 361 e seg. e quindi commentate dall'ALIBRANDI dall'KUSCHKE dal KRÜGER dall'ESMEIN, etc. Vedi KARLOWA *l. c.* p. 768 e la Nouv. Rev. Hist. 1886, X 219.

(814) *Collectio*, etc., II 158 e seg. — KUSCHKE *l. c.* p. 601 e seg. — Vedi anche la bibliografia delle recensioni relative in KARLOWA *l. c.* p. 772.

(815) *Collectio*, etc., II 160. — HUSCHKE *l. c.* p. 546.

paio di sentenze di Modestino l'una delle quali (del primo libro delle sue Regole) pubblicata nel 1573 da Pietro Pithou e tolta da un manoscritto di suo padre, l'altra presa dalle *Differentiae* di Isidoro (816); — finalmente un frammento di autore incerto che tratta *inter alia* della condizioni dei *dediticii*, che è ora nel Museo di Berlino, e che fu trovato in Egitto insieme con le pergamene di Papiniano sopra menzionate (817).

---

(816) *Collectio*, etc., 161. — HUSCHKE *l. c.* p. 626.

(817) Comunicato all'Accademia di Berlino dal Mommsen nel 1879. — Vedi *supra* nota 813 ed *infra* § 66 n. 819.

CAPO III.

Cangiamenti sostanziali nel diritto.

§ 66.

Cittadini, latini iuniani e peregrini.

Frutto dell'opera legislativa di Augusto fu il riconoscimento dei così detti *latini iuniani*, uomini liberi in condizione giuridica speciale fra cittadini e peregrini (818); riconoscimento dovuto alla giusta considerazione che l'enorme numero di schiavi liberati e perciò ammessi tra la borghesia fu non secondaria cagione della sociale e politica corruzione degli ultimi anni della repubblica. Infatti prima di Augusto lo schiavo regolarmente manomesso diventava cittadino romano, benchè non potesse entrare in alcuna delle quattro tribù urbane. La legge *aelia sentia* del 4 p. Cr. mirò a rendere più difficile il conseguimento della cittadinanza per manumissione. Prima di questa legge vi erano tre modi regolari di affrancamento (*legitimae manumissiones*) riconosciuti dal diritto, cioè: 1) l'iscrizione del nome dello schiavo nella lista del censo come libero; 2) l'atto formale in presenza del pretore (*manum. vindicta*); 3) la concessione della libertà per testamento. Oltre a questi vi erano altri modi irregolari, come la dichiarazione scritta indirizzata allo schiavo dal suo padrone; l'invito da parte di questi allo schiavo di prendere posto alla mensa; la concessione della libertà in presenza di amici, e simili. Soltanto le *legitimae manumissiones* potevano fare di uno schiavo un

---

(818) *Fragm. Dosith.* (*supra* p. 345) § 6-8. — VANGEROW *Ueber die Latini Juniani* Marburg 1833. — CANTARELLI *I latini Juniani* Archiv. Giur. 1882, XXIX 3 e seg.; 1883, XXX 4, 1 e seg. e le opere citate *supra* § 57 n. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 395 e 544 *u-e'*].

cittadino ed anche a patto soltanto che il manumittente fosse il vero proprietario quiritario dello schiavo; le manumissioni irregolari, od anche regolari ma fatte da un semplice proprietario bonitario erano *de iure* senza effetto benchè efficaci *de facto* perchè rafforzate dalla autorità del pretore.

Le principali disposizioni della nuova legge furono le seguenti: 1) tutte le manumissioni fatte a danno dei creditori saranno nulle, perchè il debitore insolvente può istituire erede uno dei suoi schiavi a fine di evitare il disdoro di una bancarotta *post mortem*; — 2) la manumissione fatta da chi abbia meno di venti anni non avrà effetto di dare allo schiavo la cittadinanza salvo che abbia ricorso alla forma solenne della *vindicta* e per motivi riconosciuti sufficienti da un tribunale di inchiesta stabilito a questo proposito; — 3) la manumissione degli schiavi i quali non abbiano compiuto il trentesimo anno di età richiederà le stesse due condizioni; — 4) gli schiavi che hanno subite condanne criminali, e che sono stati altrimenti infamati non potranno in nessun caso divenire cittadini per manumissione, ma saranno tenuti in conto di *dediticii*, incapaci affatto di ottenere in alcun modo la cittadinanza, e soggetti a molte altre incapacità sì nella pubblica che nella privata vita [819]. In favore poi di uno schiavo minore di trent'anni cui mancasse a conseguire la cittadinanza soltanto l'ufficiale riconoscimento della manumissione o questa fosse stata fatta altrimenti che *vindicta*, dispose la stessa legge che sposando una donna cittadina o delle colonie latine o della sua stessa condizione (purchè in tal caso dichiarasse in presenza di un certo numero di testimoni che egli contraeva quel matrimonio nel termine stabilito ed allo scopo di godere del beneficio della legge) potesse ottenere dal pretore o dal preside della provincia una dichiarazione di cittadinanza che si estendeva alla moglie, se essa non era già cittadina ed ai figli; faceva d'uopo

---

(819) Vedi Zubli *De l. aelia sentia* Leida 1861. — Brinz *Die Freigelassenen d. lex aelia sentia und das Berliner Fragment von d. Dediticiern* Freiburg 1884. Il frammento a cui allude il Brinz è quello ricordato alla fine del precedente paragrafo nella nota 817.

però che provasse al magistrato di avere avuto con tali nozze un figlio vivente già da dodici mesi (820).

Qui occorre naturalmente la domanda: quale era la reale condizione del manomesso prima che conseguisse la cittadinanza? Era egli libero o schiavo? Dicono i più che era schiavo di diritto ma libero di fatto (821); ma si può difficilmente conciliare la schiavitù di diritto con la possibilità di contrarre matrimonio con una cittadina. La legge iunia norbana dell'anno 19 êra volgare (822) tolse ogni questione in proposito, dichiarando che i liberti minori di trent'anni, la manumissione dei quali non fosse stata sanzionata dal consiglio e compiuta *vindicta,* dovessero considerarsi nella stessa condizione dei latini delle colonie (§ 51). In parte per la stessa legge iunia in parte per opera della legislazione posteriore, il medesimo stato fu conferito a tutti i liberti eccetto quelli che cadevano nella classe dei *dediticii* i quali non potevano diventare cittadini per causa di irregolarità della manumissione. Così sorsero i latini iuniani di cui tanto parlano Gaio ed Ulpiano. Questa condizione aveva il vantaggio di potersi convertire in vera cittadinanza con molti spedienti; ad esempio, coll'esercizio per un certo tempo di un mestiere di un'arte tale che da esso la comunità ricevesse vantaggio; o con il rinnovamento della manumissione in modo da rimediare ai primi difetti; o per concessione imperiale e così via dicendo (823).

Il latino aveva il *ius commercii* e perciò poteva usare della forma della mancipazione e possedere a titolo quiritario (824); ma non poteva far testamento (825), e quan-

(820) Questa era detta tecnicamente *causae probatio ex lege aelia sentia* Gai. I 29. — Quando si acquistava la cittadinanza in tal modo dicevasi *ex l. aelia sentia ad civitatem pervenire* Gai. III 73.

(821) Gai. III 56: *ex iure Quiritium servi sed auxilio praetoris in libertatis forma servati.*

(822) Vi sono molte controversie intorno alla data della legge *iunia* ed ai suoi rapporti con la legge *aelia sentia.* Vedi il § 57 nota 744.

(823) Gai. I 32-34. — Ulp. III 1-6.

(824) Ulp. XIX 4.

(825) Gai. I 23. — Ulp. XX 14.

tunque fosse validamente istituito erede o legatario (826), tuttavia la legge non gli accordava di prendere possesso della eredità o del legato a meno che non convertisse la sua latinità in cittadinanza entro un determinato lasso di tempo (827). Non avendo legittima *potestas* sui figli, questi non potevano succedere al padre latino, nè com e *sui heredes* per *ius civile*, nè come *liberi* per diritto pretorio. Ma secondo la legge iunia norbana, che conferiva *de iure* la libertà al manomesso, non vi era alcun ostacolo a che egli disponesse della sua sostanza dopo la sua morte. Prima di questa legge egli era ancora uno schiavo *de iure*, e tutto ciò che possedeva in diritto, fin anche il peculio, era proprietà del suo manumissore a cui tutto ciò passava alla morte del liberto. La legge iunia invece espressamente dichiarava che il diritto del manumissore era di *quasi-peculium;* prendeva possesso della sostanza del latino, quando questi moriva a titolo di erede ma come proprietario il diritto del quale era stato soltanto sospeso durante la vita del liberto (828). Questa è dunque la spiegazione del memorabile *dictum* di Giustiniano (il quale abolì la latinità iuniana), che quantunque un latino durante la vita fosse considerato come libero tuttavia coll'ultimo sospiro perdeva ad un tempo e vita e libertà (829).

Probabilmente tra il 212 ed il 217 Caracalla pubblicò la sua costituzione che conferiva la cittadinanza a tutti i liberi abitanti dell'impero (830); benchè questo atto avesse grandissime conseguenze, lo scopo ne appare puramente fiscale. Augusto aveva imposto una tassa del cinque per

---

(826) Ulp. XXII 3.

(827) Gai. II 110 e 275. — Ulp. XVII 1; XXII 3; XXV 7. — Ma egli può, come latino, adire una eredità e ricevere un legato in virtù di testamento militare o per mezzo di fiducia testamentaria.

(828) Gai. III 56.

(829) Iust. *Inst.* III 7, 4. — Il diritto di reversione dell'antico proprietario era così completamente riconosciuto che potova trasferirlo *inter vivos* o lasciarlo in legato (Gai. III 195). Questo significa il *legatum latini* nel frammento citato.

(830) Dio Cas. LXXVII 9. — Ulp. in Dig. I 5, 17. — Giustiniano (*Nov.* LXXVIII 5) lo attribuisce erroneamente ad Antonino Pio.

cento sulle eredità ed i legati quando l'eredità non era minore di 100,000 sesterzi o quando l'erede o il legatario non erano prossimi parenti del defunto (831); la tassa fu mantenuta anche dai successori di Augusto per il molto profitto che ne ritraevano. Ma la imposta colpiva soltanto le successioni dei cittadini romani (832); ed in conseguenza la gran massa della popolazione provinciale ne era esente. Caracalla, per bisogno di denaro, non solo portò temporaneamente la tassa al dieci per cento ma ne ampliò la applicazione elevando tutti i sudditi liberi al grado di cittadini. Le parole di Ulpiano sono molto comprensive « *In urbe Romana qui sunt... cives Romani effecti sunt* »; ma vi è gran diversità di opinioni riguardo al loro vero significato per questo che i peregrini sono ancora ricordati da alcuno dei successori di Caracalla. Secondo la interpretazione più razionale questa costituzione conferì la cittadinanza solo ai latini iuniani e a tutti i peregrini sudditi dell'imperatore, eccettuati i *dediticii* di cui parla la legge *aelia sentia;* il beneficio della cittadinanza naturalmente si estendeva ai discendenti dei primi favoriti. Ciò non escludeva la possibilità della esistenza di altri peregrini quando Roma acquistava nuovi sudditi non cittadini, come avvenne, e in non piccole proporzioni, nel corso del terzo secolo; perciò, quantunque tutti i latini iuniani che vivevano al tempo in cui fu promulgato il decreto di Caracalla divenissero in virtù di esso cittadini, la classe dei peregrini cominciò ben tosto a formarsi di nuovo in conseguenza delle manumissioni che non avevano tutti i requisiti della legge *aelia sentia.* Ma anche così limitata la costituzione di Caracalla non cessa senza dubbio di avere un'immensa importanza; conferendo la cittadinanza ai peregrini provinciali essa li assoggettava in tutti i loro rapporti al diritto di Roma, e li ammetteva a prendere parte a molte transazioni *inter vivos* e *mortis causa* che prima erano fuori della loro capacità. Infine rese inutile

---

(831) La *lex iulia de vicesima hereditatum* dell'a. 6 di Cr. — Vedi in proposito un capitolo del BACHOFEN nei suoi *Ausgewählte Lehren des Röm. Civilrechts* Bonn. 1848 p. 322 e seg.

(832) Plin. *Panegyr.* §§ 36-38.

un *ius gentium*, intese questo come uno speciale sistema positivo: i suoi principii e le sue dottrine sopravvissero, è vero, e furono ancora accolti ed elaborati ma formarono d'ora innanzi parte integrante del diritto civile di Roma che aveva cessato di essere italiano per divenire imperiale.

§ 67.

Concessione di particolari privilegi ai soldati.

Il periodo di cui svolgo la storia, vide scomparire sostanzialmente la distinzione tra cittadini e peregrini, ma fu testimonio del sorgere di altra non meno profonda divisione; di quella tra soldati e cittadini (*milites*, *pagani*) (833). La posizione particolare del soldato che spende il fiore degli anni nel campo, lungi dalla casa e dai congiunti, con pochi punti di contatto con i privati cittadini occupati nelle cure della famiglia dei beni e del commercio, da una parte lo assoggettava a varie incapacità, dall'altra gli dava diritto a molti favori. Egli, per esempio, non poteva acquistare terre nella provincia in cui serviva; non poteva coprire alcuna carica municipale, non poteva farsi garante per nessun altro nè agire per conto altrui come procuratore a liti. Ma il suo servizio lo esentava dall'obbligo della tutela e lo liberava dalle conseguenze di un errore in diritto, là dove i privati cittadini per l'opportunità di prender consigli erano scusati dei soli errori di fatto; se soccombeva nella lite, l'avversario non poteva privarlo del suo ultimo soldo e al suo congedo, come rimunerazione dei servigii prestati, bene spesso gli era concesso di sposare la donna di sua scelta anche se latina o peregrina.

Ma i più caratteristici istituti del *ius militare* erano il testamento militare ed il *castrense peculium*. Il primo faceva a meno di tutte le regole del *ius civile* e del-

---

(833) Il Kuntze (*Cursus* pag. 648 e seg.) dedica due o tre capitoli al *ius militare*.

l'Editto del pretore, riguardo all'oggetto alla forma ed alla sostanza dell'atto. Giulio Cesare, si dice, fu il primo a conferire ai soldati il diritto di testare senza l'osservanza delle norme del diritto comune. Il suo esempio fu seguito da Tito, Domiziano e Nerva; e dal tempo di Traiano in poi il testamento militare fu un completo istituto giuridico. Dice appunto Traiano: .... *ergo optimos fidelissimosque commilitones semplicitate eorum consulendum existimavi ut quoquomodo testati fuissent rata esset eorum voluntas . faciant igitur testamenta quomodo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nudam voluntas testatoris* (834). La mente del testatore poteva adunque essere manifestata per iscritto, a voce, perfino con i segni inarticolati del moribondo; si richiedeva soltanto che fosse espressa in modo da non lasciar dubbio (835). E come poteva fare il suo testamento senza alcun legame di forma così poteva rescinderlo completarlo alterarlo e rinnovarlo. E ciò che è ancora più straordinario, contrariamente alle più tenaci regole del diritto comune ed alla rigorosa massima per la quale nessuno poteva morire in parte intestato e in parte testato, il soldato poteva disporre di una parte della sua sostanza per testamento, lasciando passare l'altra agli eredi *ab intestato* (836); così, contrariamente all'altra massima: *semel heres semper heres*, egli poteva lasciare i suoi beni ad A per il tempo della sua vita o per un certo numero di anni, o fino alla ricorrenza di qualche evento, dopo il quale passavano a B (837).

In opposizione ancora alla regola generale un latino o peregrino, celibe oppure maritato ma senza figli, poteva ricevere una eredità od un legato da un soldato liberamente al pari di un cittadino con figli (838). Il suo testamento finchè si limitava a disporre dei *bona castrensia*,

---

(834) Ulp. in Dig. XXIX 1, 1 pr.
(835) Gai. II 109. — Ulp. XXIII 10. — Iust. *Inst.* II 11 pr.
(836) *Inst.* II 14, 5. — Dig. XXIX 1, 6.
(837) Dig. XXIX 1, 15, 4.
(838) Gai. II 110 e 111.

non era colpito dalla *capitis diminutio minima* (839), non era invalidato dall'omissione dei *sui heredes* (840) nè potevano questi impugnarlo per avere da esso meno della legittima (p. 264) (841); nè era in facoltà dell'erede testamentario di reclamare il quarto della legge falcidia, anche se nove decimi della successione erano stati lasciati a legatarii (842). Finalmente un testamento posteriore non annullava il precedente, se appariva essere intenzione del testatore soldato che essi fossero letti insieme (843).

Tutto ciò è degno di considerazione, manifestando uno spirito molto diverso da quello che anima il diritto comune successorio. Era, è vero, principio dei giuristi del periodo classico che la *voluntatis ratio* dovevasi soprattutto seguire nella interpretazione dei testamenti, ma ciò solo a condizione che tutte le norme del diritto nella forma e nella sostanza fossero state scrupolosamente osservate. Ma nel testamento militare le regole positive cedevano sotto ogni rispetto di fronte alla volontà: questa era quasi assolutamente libera da legami. Il diritto romano in questo caso cedeva il campo al diritto naturale. Queste radicali differenze avrebbero naturalmente dovuto influire su l'ordinario diritto successorio; invece l'influenza di esse è appena sensibile. Per opera di Costantino di Teodosio II e di Giustiniano, fu alquanto temperato il rigore delle antiche regole, ma nessuno mai parve nè pur tentare il riconoscimento della completa supremazia della volontà. Nel *Corpus iuris* il contrasto fra il *testamentum paganum* ed il *testamentum militare* è quasi tanto profondo quanto al tempo di Traiano. Giova avvertire però che il testamento militare fu sempre considerato come un privilegio limitato ai soldati in servizio e doveva essere sostituito da un testamento eseguito secondo le forme comuni entro dodici mesi dal congedo del testatore (844).

(839) Dig. XXVIII 3, 6, 13. — *Inst.* II 11, 5.
(840) *Inst.* II 13, 6.
(841) Dig. V 2, 27, 1.
(842) Dig. XXIX 1, 17, 4.
(843) Dig. XXIX 1, 19. pr.
(844) *Inst.* II 11 pr.

Il *peculium castrense* ebbe maggiore influenza poichè fu il primo passo a modificazioni che a poco a poco diminuirono grandemente il diritto della *patria potestas* nei suoi rapporti patrimoniali. In origine il *peculium* non era altro che una concessione fatta da Augusto al *filiusfamilias* militare perchè potesse disporre con testamento delle cose acquistate nell'attivo esercizio del suo mestiere (*quod in castris adquisierat*) (845). Ma ben presto il concetto di esso si allargò; ristretto da prima al *filiusfamilias* in servizio, questo privilegio fu esteso da Adriano a quelli che avevano ottenuto un onorevole congedo, e lo stesso imperatore loro permise non solo di disporre per testamento del loro *peculium castrense* ma di manomettere gli schiavi che ne formavano parte. Un altro passo ancora fu fatto riconoscendosi loro diritto di disporre gratuitamente *inter vivos*. Inoltre nel *peculium* si volle comprendere non solo la paga e il bottino del soldato ma tutto ciò che in rapporto alla sua professione, direttamente o indirettamente gli fosse pervenuto: il suo equipaggiamento, i regali fattigli durante il suo servizio, i lasciti dei camerati e così via dicendo. Tutto ciò sovvertiva al più alto grado le dottrine del diritto comune; infatti portava con sè anzitutto il riconoscimento della facoltà di testare ad una persona *alieni iuris*, del diritto di far testamento come se fosse *sui iuris*; e in secondo luogo, la ricognizione di una sostanza separata al *filiusfamilias*, che egli poteva alienare indipendentemente dal padre, che non poteva essere toccata dai creditori di questo, e che il figlio non era obbligato a conferire cioè ad imputare nell'eredità quando prendeva la sua parte nella successione del padre. Però il diritto del genitore, come quello del manumissore sul liberto, era piuttosto sospeso che estinto perchè se il figlio soldato moriva intestato, il diritto del *paterfamilias* riviveva; ed egli prendeva possesso dei beni appartenenti al figlio non già come erede ma come *paterfamilias* riaffermante la sua proprietà sul peculio (846).

---

(845) *Inst.* II 12 pr.

(846) Queste norme però furono cangiate da Giustiniano nella Novella 118,

Così il diritto tentò di riconciliare il privilegio del soldato mentre viveva con la prerogativa del capo di famiglia dopo la morte di lui (847).

§ 68.

La famiglia (848).

Tutti gli istituti del diritto famigliare, in questo periodo, furono oggetto di modificazioni, ma altri cangiamenti radicali non si ebbero oltre a quelli già accennati. Si disse (§ 57) come Augusto volesse incitare al matrimonio le persone in ispecie agiate le quali dimostravano per tale vincolo una decisa avversione. — Il contratto di matrimonio non richiedeva ora altra formalità che la dichiarazione del mutuo consenso, benchè per certi effetti le nozze si intendessero compiute soltanto dal momento in cui la moglie era condotta alla casa del marito (849). I matrimoni con *manus* erano quasi completamente scomparsi; un tanto assoggettamento ripugnava alle donne

---

in virtù della quale il padre prende porzione del patrimonio del figlio premorto con carattere di erede. Vedi *infra* § 85 in fine.

(847) Gli stessi principii furono poi estesi in parte al *peculium quasi castrense* composto dei proventi di un *filiusfamilias* nel servizio che presta allo Stato nella carriera civile ed ecclesiastica. — Vedi Iust. *Inst.* II 11, 6; II 12 pr.

(848) [Una parte importante, omessa dall'A. è quella che risguarda le modalità dell'istituto dotale, *le cautiones rei uxoriae,* e la *cautio de evictione praestanda,* che pure sono tipiche nella evoluzione giuridica, come ha messo mirabilmente in rilievo il Cogliolo *Saggi sopra l'evolus. del Diritto privato* p 33. — Padelletti-Cogliolo *Storia del D. R.* p. 176 *g* e 177 *h*. Vedi però in contrario Fadda *Archiv. Giurid.* XXXI 359].

(849) Alcuni accenni alla necessità che evvi in certi casi della *ductio uxoris in domum mariti* lasciò in alcuni autori francesi il sospetto che il matrimonio nell'epoca imperiale fosse risguardato dai giureconsulti dell'impero come un contratto reale anzichè consensuale. Ma la prova della *ductio in domum* era richiesta come fatto decisivo soltanto quando una delle parti era morta o era fuggita prima che i coniugi avessero vissuto assieme, nel qual caso mancava la evidenza ordinaria dell'incontro della volontà.

patrizie così che rifiutavano di sottomettersi alle cerimonie della *confarreatio*. Da ciò derivava una grande difficoltà perchè le alte cariche sacerdotali potevano essere coperte soltanto da cittadini nati di matrimonio contratto con le forme della confarreazione; quindi ne'primi anni dell'impero si dovette decretare che la *confarreatio* sarebbe in futuro produttiva della *manus* solo *quoad sacra*, e che non farebbe della moglie uno dei membri della famiglia del marito (850). La *manus* che sorgeva da una non interrotta coabitazione di un anno era già fuori d'uso al tempo di Gaio, e quantunque quella per coemzione fosse allora ancora in uso è probabile che sparisse completamente al termine del periodo. Marito e moglie avevano i loro beni separati e la famiglia era mantenuta dal marito con l'aiuto delle rendite della dote (*dos*): istituto questo che fu molto elaborato dai giuristi e regolato con cura dalla legge. Il divorzio era sfortunatamente molto comune, essendo legittimo anche senza apparente giusta causa; quando v'era colpa nel marito o nella moglie il colpevole era privato di una parte delle rendite nuziali.

Si disse anche del rilassamento dei vincoli tra padre e figli a proposito del *filiusfamilias* che avesse adottato la carriera militare; ma non solo in questo caso vuolsi lamentare tale decadimento perchè era anzi generale la tendenza a limitare l'esercizio della *patria potestas*. Questo fatto è dovuto in gran parte al posto che le dottrine del diritto naturale prendevano sempre più nel sistema romano; in parte ancora al fatto che gli imperatori succeduti ai censori nel curare il *regimen morum*, assecondavano codesta tendenza con i loro editti e con le note loro. Era ancora concesso al padre di esporre il figlio (851), ma non gli era però più permesso, anche come giudice domestico, di porlo a morte; aveva facoltà solo di imporre moderati castighi, e in caso di grave offesa che meritasse severa punizione, la legge imponeva di condurre il figlio

(850) Gai. I 136.

(851) Il più antico ed assoluto divieto di ciò devesi a Valentiniano ed ai suoi colleghi del 374; Cod. VIII 51, 2.

dinanzi ai tribunali ordinarii (852). Similmente il diritto del padre di vendere i figli era ristretto ai piccoli fanciulli e permesso solo quando il padre fosse in grande povertà e non potesse mantenerli (853); ma era però proibito sotto pena di bando di darli in pegno (854).

Eccettuato il caso di un figlio soldato, il padre era sempre riconosciuto, secondo i consueti principii del diritto, proprietario di tutti i guadagni e di qualunque provento dei figli *in potestate;* rimanendo ancora la vecchia regola che per i debiti civili il padre non era obbligato oltre all'ammontare dei beni ricevuti per i figli (*peculium profecticium*), a meno che non si fosse avvantaggiato dei loro contratti o avesse espressamente o implicitamente autorizzato i figli a stipularli per conto suo (855). Il *filiusfamilias* poi era sempre personalmente obbligato verso la parte con cui aveva contrattato come se fosse *paterfamilias* (856), a meno che avesse contratto un debito ricevendo denaro a mutuo; nel qual caso, con qualche ragionevole restrinzione, il noto senatoconsulto Macedoniano del tempo di Vespasiano stabilì che il creditore non avesse diritto di reclamare il pagamento anche quando, dopo la morte del padre, il debitore fosse divenuto *sui iuris* (857). Tra il padre ed il figlio emancipato vi era ancora, come sempre, perfetta libertà di contrattare, ma questa si estendeva ora anche al caso di un figlio soldato quantunque *in potestate* per ogni affare riguardante il *peculium castrense.* Cosa poi più degna di nota è che i nuovi principii che operavano sul *ius civile* ammettevano la possibilità di obbligazioni naturali tra il *paterfamilias* e il *filius familias* anche in rapporto al *peculium profecticium,* obbligazioni che quantunque non fossero direttamente protette da azione erano tuttavia in certi casi riconosciute e indirettamente protette (858).

(852) Alex. Sev. in Cod. VIII 46, 3.
(853) Paul. *Sent.* V 1, 1.
(854) *Ibid.*
(855) Gai. IV 69, 74.
(856) Dig. XLIV 7, 39.
(857) Dig. XIV 6, 1.
(858) Vedi Savigny *Das Obligationenrecht* Berlino 1851, I 49 e 59.

La tutela dei pupilli fu oggetto di speciale attenzione e le norme giuridiche relative furono in questo periodo elaborate e notevolmente modificate in ispecie per opera di un senatuconsulto noto sotto il nome di *Oratio divi Severi* che proibisce la vendita della proprietà del pupillo senza l'autorizzazione giudiziaria [(859)]; la tutela invece delle donne che avessero passata la minorità, a poco a poco scomparve. Questo cangiamento che armonizzava con la scomparsa della *manus* del marito fu aiutato dalla legge *iulia* e *papia poppea,* la quale come ricompensa dispensò dalla tutela le donne feconde, e dalla legge *claudia* che abolì la tutela legale degli agnati; ciò era del resto inevitabile risultato del diritto riconosciuto alla donna di sostituire al tutore designato dalla legge o dal testamento o assegnato appositamente dal magistrato, un altro tutore di sua scelta che ella credesse accondiscendente ai suoi desiderii e tale che interponesse la sua autorità soltanto in omaggio alle richieste formalità, senza pratica e reale influenza.

La *cura* dei minori che avevano oltrepassato il periodo di tutela, fu istituita da Marco Aurelio [(860)]. La legge pletoria della metà del sesto secolo di Roma aveva per verità già stabilito pene contro coloro che abusavano della inesperienza dei minori, cioè delle persone *sui iuris* inferiori all'età di venticinque anni; e da quel tempo i pretori usavano assegnare curatori che agissero per la protezione degli interessi dei minori nei singoli affari. Marco Aurelio per primo, fece permanente l'ufficio del curatore finchè il pupillo non avesse raggiunto la maggior età cioè i venticinque anni. La nomina del curatore era fatta dietro domanda del minore stesso; domanda a cui in pratica egli era costretto, perciò che il tutore rifiutava di procedere al rendiconto della sua amministrazione se il suo ex-pu-

---

(859) È riprodotta da Ulpiano in Dig. XXVII 9, 1, 2. Essendo in quel tempo (a. 105 p. Cr.) in Asia, Severo deve averla comunicata per iscritto al Senato; infatti le citazioni si riferiscono sempre alla *oratio* stessa e non al senatoconsulto di conferma.

(860) Capitolin. *in Marc.* 10. — Vedi Savigny *Verm. Schr.*, II 321 e seg. — Huschke nella Z. f. g. RW., XIII 311 e seg.

pillo non fosse assistito nelle investigazioni da un curatore che concorresse a dargli la sua approvazione, togliendo così il pericolo di una futura pretesa. Questi poteri doveri e responsabilità di tali curatori divennero poi oggetto di diligenti ed elaborate norme per parte dei giureconsulti; i concetti dei quali intorno al diritto di tutela e di curatela furono largamente accolti nei moderni codici (861).

§ 69.

Possesso, proprietà, diritti reali, obbligazioni.

Come sempre, anche in questi rami del diritto lo sviluppo organico fu maggiore delle radicali ed improvvise mutazioni. Del possesso parlarono molti ma incidentalmente e soprattutto in rapporto agli interdetti possessori e al diritto di usucapione (od acquisto di proprietà per prescrizione); nessun giureconsulto romano ha scritto su questo soggetto, e poichè i principii del possesso *quoad interdicta* e di quello *quoad usucapionem* erano assolutamente fra loro identici, poichè non è ben certo se i compilatori del Digesto di Giustiniano fossero sempre accurati nel riportare codeste distinzioni ordinando i relativi fragmenti, la scienza moderna non sa quali fossero realmente le norme romane intorno al possesso come speciale istituto giuridico (862).

---

(861) [Per tutto il diritto famigliare nel periodo imperiale vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 481 e seg. e la bibliografia ivi citata].

(862) La grande opera del SAVIGNY (*Das Recht des Besitzes*) pubblicata la prima volta nel 1803, subì grandi modificazioni nelle successive edizioni per opera dello stesso autore. Da allora le opere in materia sono innumerevoli. Il BRUNS, lo IHERING, il BEKKER, il DERNBURG ed una schiera di eccellenti giureconsulti tentarono il tema; e non è inutile osservare che nessuna delle ipotesi del Savigny fu risparmiata, anzi molte furono tolte di mezzo completamente [RAMON DE OLIVART *La Posesion* Barcellona 1884, raccolse diligentemente un materiale enorme e prepose al suo lavoro una ricchissima bibliografia. Di questa opera cura una edizione italiana la *Enciclopedia Giuridica* del Vallardi di Milano. — [Vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 529 *o* e seg. — Il volume del signor G. RASCIO *Sistema*

Nel diritto di proprietà (*dominium*) nessuna innovazione di qualche importanza è a ricordare, se si eccettui il *caducum* introdotto dalla legge *papia poppea* come nuovo modo di acquisto (863); molte parti di questa materia furono accuratamente elaborate come, per esempio, i requisiti dei varii modi naturali di acquisto e i diversi rapporti tra un proprietario e i detentori degli oggetti di sua proprietà per qualsivoglia titolo con o senza la buona fede. Fra i diritti reali fu accordata speciale attenzione all'usufrutto, alla sua natura, ai suoi modi di costituzione, e alla posizione dell'usufruttuario di fronte al proprietario; la giurisprudenza trovò modo di dare efficacia al legato di un usufrutto di denaro il quale non potendo essere goduto senza alienazione della proprietà, teoricamente non si prestava a creare un usufrutto (864). Similmente i modi di costituzione delle servitù personali e prediali furono molto semplificati non ritenendosi più necessaria la formale trasmissione per mancipazione o per cessione giudiziale; le servitù costituite per stipulazione o anche per semplice patto fra le parti, seguito dall'esercizio del diritto senza opposizione da parte del proprietario del fondo serviente, cominciarono ad essere validi ed efficaci non solo contro gli eredi di questo, ma anche contro qualunque terzo che da esso acquistasse il fondo. Finalmente l'ipoteca o sicurtà sopra beni sia reali sia personali, costituita con semplice accordo senza alcuna trasmissione di possesso, sostituì vantaggiosamente l'antica e formale *fiducia;* i giureconsulti fecero man mano della ipoteca un modo efficacissimo di garanzia reale facilitando i mutamenti di possesso e le vendite eventuali dei fondi ipotecati, senza che avesse a soffrirne il diritto del creditore.

Il diritto delle obbligazioni fece enormi passi in questo

---

logico del possesso e (sic) *proprietà* Avellino 1885 è un infelicissimo centone di brani d'altre opere scritto in pessima lingua].

(863) Ulp. *Frag.* tit. XVII e XIX 17.

(864) Perchè l'usufrutto era il diritto ad usare e ad appropriarsi i frutti o i prodotti di una cosa, lasciando intatta la sostanza di essa.

periodo per lo sviluppo delle così dette *obligationes quasi ex contractu* e per la elaborazione della teoria dei contratti innominati; però, generalmente parlando, l'opera dei giureconsulti intese più che ad altro a perfezionare le norme già esistenti, a classificare le fonti di obbligazione già riconosciute, ed a semplificare le forme contrattuali vigenti.

§ 70.

Diritto successorio. — Le fiducie testamentarie.

Ben più grandi che altrove furono le innovazioni nel diritto successorio. — Già dissi della origine e dello sviluppo del testamento militare (p. 353 e seg.); il testamento del diritto comune era ancora quello *per aes et libram* (p. 181); ma l'uso invalso di concedere la *bonorum possessio secundum tabulas* alle persone nominate eredi in un testamento che portasse esternamente il numero richiesto di sigilli, fece sì che dal tempo di Marco Aurelio in poi si omettessero le formalità, un tempo sì rigorose, della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio testamenti*. Lo stesso decreto di Marco Aurelio (865), che dichiarò non aver più l'erede legittimo diritto di impugnare un testamento per mancanza delle formalità richieste dalla legge, introdusse praticamente quello che Giustiniano chiama testamento pretorio (866). Che gli atti di ultima volontà fossero molto complessi appare manifesto da qualche frammento che ci avanza del primo e secondo secolo. Nel testamento di un tal Dasumio dell'anno 109 (867), per esempio, vi sono le solite istituzioni e sostituzioni di eredi oltre ad una

(865) Gai. II 120.

(866) Iust. *Inst.* II 10, 2. — Giustiniano dice che era opera dell'editto pretorio; ma ciò non è esatto, perchè sotto l'editto il concessionario della *bonorum possessio secundum tabulas* poteva essere spogliato dalla *hereditatis petitio* dal prossimo agnato del testatore, sul fondamento della manchevole esecuzione (Gai. II 119).

(867) BRUNS *Fontes* p. 228 e seg.

serie di legati, che il testatore desidera siano pagati liberi da debiti, di annualità, di fedecommessi, di manumissioni di schiavi; inoltre istruzioni intorno al funerale del testatore stesso e all'erezione di un monumento sepolcrale in sua memoria; il tutto con riserva di eventuali cangiamenti ed aggiunte per via di codicilli.

Circa cinquant'anni prima della data di questo testamento era stata fatta una importante innovazione nel diritto dei legati. — Vi erano allora come di poi quattro differenti modi di lasciare un legato (868), che portavano con sè conseguenze diverse in quanto concerne i diritti conferiti al legatario. In genere era in facoltà del testatore di usare di uno qualunque di codesti modi a sua scelta; ma qualche speciale condizione dell'oggetto o del soggetto del legato poteva rendere illegittimo l'uso dell'una o dell'altra forma. Per esempio, un testatore poteva legalmente lasciare in legato una cosa di altrui proprietà ma soltanto imponendo all'erede l'obbligo di procurarsi la cosa stessa o di pagarne il corrispettivo al legatario (*legatum per damnationem*). Altre sottigliezze di questa sorta bene spesso cagionavano la invalidità di un legato. Per rimediare a ciò ed anche per seguire il principio ormai predominante che la volontà del defunto dovesse essere rispettata nonostante difetti di forma, fu stabilito da un senatuconsulto del tempo di Nerone che quando un legato fosse inefficace nella forma datagli dal testatore dovesse ritenersi costituito *per damnationem*, cioè nella forma per molti rispetti più favorevole al legatario (869). Risultato non immediato fu la semplificazione dei legati la quale spianò la strada alla loro definitiva equiparazione ai fedecommessi (*fideicommissa*).

Furono questi introdotti al tempo di Augusto (870); non da una sua costituzione ma da qualche incosciente innovatore il quale tentò di eludere la legge che gli impediva di lasciare l'eredità o il legato a persona priva rispetto a lui

---

(868) Sono descritti da Gaio II 192-223.
(869) Gai. II 197 e 217. — Ulp. XXIV 11 *a*.
(870) *Inst.* II 23, 1; II 25 pr.

della *testamenti factio*[871]. Questa regola infatti era troppo severa quando si trattava, ad esempio, di un cittadino che avesse sposata una straniera non avendo con essa il *conubium;* i nati da un tal matrimonio non erano cittadini, seguendo la condizione della madre [872] e quindi non solo non potevano succedere al padre *ab intestato* come eredi legittimi o come agnati [873] mà non potevano neppure per testamento essere nominati eredi o legatari di lui. Per questo caso appunto, secondo Teofilo [874], il quale svolge una osservazione di Gaio [875], fu per la prima volta imaginato il fidecommesso: un testatore istituì erede un amico fidato su cui poteva contare, pregandolo appena entrato in possesso dell'eredità di trasmetterne i beni ai suoi figli peregrini. Questo esempio trovò presto imitatori, e il loro numero era grandemente cresciuto dopo Augusto, quando avendo un erede fiduciario mancato di adempiere all'invito del testatore, la cosa fu portata davanti ai consoli d'allora con facoltà di fare in riguardo ad essa ciò che credevano giusto. Così presto si raffermò il nuovo istituto nel pubblico favore e sì numerose divennero le questioni sulla forma e l'adempimento delle fiducie testamentarie, che dopo non molto tempo si trovò necessario di istituire un tribunale speciale, quello del pretore fidecommissario, incaricato di definirle [876].

L'applicazione della fiducia come mezzo di giovare a

---

(871) Ulp. XXII 1.

(872) Gai. I 67.

(873) Essi non potevano reclamare la eredità in qualità di cognati secondo le regole pretorie perchè i pretori seguivano le norme del *ius civile,* in questo senso che essi non concedevano la *bonorum possessio* alle persone le quali non avevano *testamenti factio* con il defunto.

(874) Theoph. *Par. Inst.* II 23, 1.

(875) Gai. II 285.

(876) Iust. *Inst.* II 23, 1. — Era necessario un tribunale speciale, per questa ragione che in grazia della speciale relazione fra fiduciario e beneficati, sarebbe stato difficile formulare un'ordinanza di rinvio al *iudex* ordinario in guisa da determinare la questione nettamente; in conseguenza si faceva a meno di tale rinvio e la controversia veniva tutta quanta esaminata e quindi giudicata dal *praetor fideicommissarius* stesso, in quella che si diceva *extraordinaria cognitio.* Vedi *infra* § 72 [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 508 *c* e seg.].

coloro che erano incapaci di essere eredi o legatarii, alle persone prive di ogni *testamenti factio,* alle donne colpite dalla legge voconia (§ 48 in nota e § 54), ai celibi impenitenti od ai coniugi senza figli contro le prescrizioni della legge papia e poppea, ecc. (§ 67), fu più tardi vietata da molte costituzioni (877), ma ciò non diminuì punto la generale popolarità dello spediente perchè tanto per il trasferimento dell'intera eredità (*haereditas*) o di una parte soltanto di essa al beneficiato (*fideicommissum haereditatis*) quanto per la consegna di alcune singole cose (*fideicommissum rei singularis*) la fiducia testamentaria offriva vantaggi maggiori della diretta istituzione nell'eredità o nel legato (*legatum*). In teoria l'imposizione all'erede di una fiducia in favore di un beneficiato, pur spogliandolo di tutta l'eredità o di parte di essa, non lo privava però della sua qualità di erede nè lo liberava dalle obbligazioni ad essa inerenti; perciò secondo il diritto ordinario egli aveva facoltà di rifiutare la successione spesso con grave pregiudizio del beneficiato. Affine di evitare questo inconveniente e nel tempo stesso regolare i rapporti dell'erede e del fiduciario fra di loro e verso i debitori e creditori del testatore, sorse l'uso fra le parti di fare speciali stipulazioni; queste furono più tardi in gran parte rese inutili da due senatusconsulti, il Trebelliano del tempo di Nerone ed il Pegasiano del tempo di Vespasiano (878), che tosto assicurarono il beneficiato dal pericolo di un rifiuto della eredità per parte dell'erede, protessero quest'ultimo dai rischi di perdita quando fosse semplicemente fiduciario, e autorizzarono il beneficiato a trattare direttamente con i debitori e creditori del testatore e a raccogliere egli stesso i beni dell'eredità.

Uno dei vantaggi del lascito fiduciario, sia universale che singolare, era che poteva farsi per codicillo anche non confermato da testamento (879). Il codicillo, che pure

(877) Gai. II 285-287.

(878) Intorno alle loro disposizioni vedi Gai. II 252-259. — Giustiniano le fuse e semplificò come è detto in *Inst.* II 23, 7.

(879) Ulp. XXV 12.

fu una innovazione del tempo d'Augusto, era un atto semplicissimo; non appropriato nè a diseredare nè ad istituire un erede, ma se confermato da testamento efficace per imporre direttamente legati, manomissioni, nomine di tutori *et similia*. Fosse poi confermato o non fosse, poteva servire alla trasmissione di un fidecommesso. Ultimamente esso fu ritenuto efficace anche in mancanza di testamento, essendo le fiducie che conteneva riguardate come un carico all'erede legittimo (§ 87).

Le più importanti modificazioni nel diritto di successione intestata durante questo periodo furono compite dai senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano, i quali risentono del riconoscimento dei principii di quel diritto naturale che in tanti modi influì su le dottrine del *ius civile*. Il primo fu promulgato sotto il regno di Adriano, il secondo nel 178 sotto il regno di Marco Aurelio. Fino al tempo del senatoconsulto Tertulliano, la madre e il figlio nato da matrimonio senza *manus* avevano fra di loro un grado di parentela come cognati soltanto; essendo considerati dal diritto membri di famiglie diverse; in conseguenza di ciò la possibilità di successione tra di loro era lontana dovendo preferirsi loro i rispettivi agnati del sesto e del settimo grado. Ora il senatoconsulto [880] chiamò la madre innanzi tutti gli agnati del figlio premorto, benchè dopo del padre del fratello e della sorella; il padre e il fratello escludevano affatto la madre, ma questa concorreva in parti eguali con le sorelle del defunto, purchè mancassero il padre ed il fratello. Senza dubbio i soli concetti del diritto naturale dettarono questo cambiamento; tuttavia gli autori di esso troppo timidi per giustificarlo con i principii astratti di equità e giustizia, per timore di porre con ciò in dubbio la eccellenza del *ius civile*, ne limitarono l'applicazione alle donne che avevano il *ius liberorum* (cioè alle donne che avevano se ingenue tre figli, se libertine quattro) facendone così un premio alla fecondità [881]. Il senatoconsulto Orfi-

---

(880) *Inst.* III 3.

(881) Questa limitazione alle madri di tre o quattro figli ebbe vigore finchè non fu revocata da Giustiniano. Vedi *tit. cit.* § 4.

ziano (882) è il reciproco del Tertulliano; esso diede infatti ai figli legittimi o illegittimi il diritto di succedere alla madre a preferenza di tutti gli agnati di lei. Altre costituzioni più tardi estesero il principio ammettendo i figli a succedere non solo ai loro avi paterni, ma anche agli avi materni (883).

---

(882) *Inst.* III 4.

(883) [Per tutta la materia del Diritto successorio in questa epoca vedi PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 504 e seg.].

CAPO QUARTO.

Procedura.

§ 71.

Il sistema formulare (884).

Il procedimento civile, nei primi tre secoli dell'impero come in antico, era diviso in due diversi momenti; cominciava davanti al pretore (*in iure*) ed aveva fine dinanzi al giudice (*in iudicio*). Però il pretore aveva sostituito al sistema delle *legis actiones* il sistema formulare. Nella *legis actio* le parti e specialmente l'attore dovevano precisare esse stesse, con le tradizionali parole di rito, la causa della loro questione; ciò faceva sì che bene spesso, portata la controversia così determinata ai *centumviri* al giudice od agli arbitri, scorgessero le parti di non avere saputo porre in rilievo il vero punto della lite. Nel sistema formulare invece le parti con assoluta libertà di parola proponevano la domanda e la difesa innanzi al pretore; per solito l'attore indicava la *formula* dell'*album* pretorio che credeva opportuna al caso suo; il convenuto, se era necessario, opponeva una eccezione cioè una *causa* una giustificazione del suo agire fondata sull'editto pretorio o su la legge in virtù della quale, pur essendo provati i fatti e il diritto dell'attore, era resa inefficace la domanda di quest'ultimo per ragioni di equità o di pubblico ordine. Il pretore aveva facoltà di esaminare se l'azione o l'eccezione potessero essere concesse (*dare denegare actionem exceptionem*); e in caso affer-

(884) Vedi KELLER *Röm. CP.* Leipzig 1883, § 23-43. — BETHMANN-HOLLWEG *Gesch. d. CP.*, II § 81-87. — BEKKER *Aktionen*, I cap. 4-7; II cap. 15, 19-20. — BARON *Gesch. d. R. R.*, I § 202-215. — BUONAMICI *Procedura*, I 86-122.

mativo (se nessuna modificazione secondo le circostanze, doveva essere fatta alla *formula* dell'editto richiesta) la *formula* veniva trascritta con i particolari di fatto e inviata con le parti ad un giudice che, istruito in tal modo dal pretore dell'oggetto e dei limiti della controversia, era autorizzato a pronunciare una sentenza di assoluzione o di condanna del convenuto.

Questo procedimento raggiunse il suo pieno sviluppo soltanto nei primi anni dell'impero, ma l'origine ne risale a due secoli prima della caduta della repubblica. Gaio ascrive la sua introduzione ed applicazione definitiva alla *lex aebutia* (885) probabilmente dei primi vent'anni del sesto secolo di Roma, ed a due leggi giudiziarie del tempo di Augusto: leggi tutte queste di cui già si disse in un precedente paragrafo (§ 44). La legge ebuzia, di cui sventuratamente ben poco si conosce, secondo la generale opinione autorizzava i pretori: — 1) a trovare un'altra forma più semplice di procedura per cause che già erano di competenza delle *legis actiones;* — 2) a imaginare altre forme d'azione pei nuovi casi che non potevano rivestire l'antiche forme; — 3) finalmente a redigere e pubblicare le nuove formule. Ma il cangiamento non dovette essere così radicale e subitaneo come dai più si crede. Le *formulae* erano già usate dal pretore nella procedura per *iudicis postulationem* (§ 35) ed in quella *per condictionem* (§ 41); tra queste, e quelle della *lex aebutia* correva questa sola differenza che le prime *formulae* non erano scritte ma soltanto pronunciate in presenza di testimonii (886).

Gran parte delle azioni personali si svolse dalla *legis actio per condictionem,* probabilmente per la intima identità. Nella forma più semplice di essa, ad esempio, nella azione per *certa pecunia ex lege silia* la prima riforma consistè certamente nella omissione della formale *condictio* da cui derivava il carattere di *legis actio* (evitando con ciò un indugio di trenta giorni); l'attore presentava la sua domanda con parole non solenni e, se il convenuto

---

(885) Gai. IV 30. — [Vedi GADDI *Cronologia.* — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 571 e seg.].

(886) Gai. IV 18.

negava il debito, il pretore tosto redigeva per iscritto l'ordinanza di rinvio al giudice, comprendendovi nella sostanzA le stesse parole della antica procedura: — TITIVS IVDEX ESTO · SI PARET N^M · N^M · A^O · A^O · (887) HS · M · DARE OPORTERE CONDEMNA · SI NON PARET ABSOLVE.

Tale era appunto la *condictio certi* del sistema formulare. — La *condictio triticaria* era redatta nello stesso modo: TITIVS IVDEX ESTO · SI PARET N^M · N^M · A^O · A^O · SERVVM STICHVM DARE OPORTERE QVANTI ILLE ERIT CONDEMNA · SI NON PARET ABSOLVE. — E simile era la *condictio incerti*.

In ambedue questi esempi la *formula* conteneva due sole delle parti di cui poteva essere composta (888) la *intentio* cioè e la *condemnatio*. L'oggetto in questione era in ambedue i casi certo, cioè il denaro nel primo esempio, lo schiavo nel secondo; ma là dove nel caso del denaro dovuto anche la condanna era determinata, questa invece era incerta nel caso dello schiavo. Poteva però essere incerto anche l'oggetto; in tal caso era pericolosa per l'attore la domanda di una determinata somma perchè se non poteva provare che l'intera somma gli era dovuta fino all'ultimo sesterzio non otteneva nulla. Per supplire al rischio derivante da questo rigoroso concetto i pretori imaginarono la *condictio incerti* della quale la formola cominciava con una *demonstratio* o indicazione della causa dell'azione, e la *intentio* che si riferiva alla causa era concepita in termini generali: TITIVS IVDEX ESTO · SI PARET N^M · A^O · QVANTI N^S · OPERAS A^I · CONDVCTVRVS FVISSET DARE OPORTERE CONDEMNA · SI NON PARET ABSOLVE (889), e così per altri casi. Arrivati a questo gli

---

(887) Nelle formule tipiche romane l'attore era di regola detto *Aulus Agerius* ed il convenuto *Numerius Negidius*.

(888) Gaio chiama rispettivamente *demonstratio intentio iudicatio* e *condemnatio* le parti della formula, descrivendo le funzioni speciali a ciascuna nei §§ 39-43 del libro IV. — Oltre ad esse la formula poteva avere una *praescriptio* (Gai. IV 130-137) in principio e nel corpo *fictiones* (Gai. IV 32-38) *exceptiones* (Gai. IV 115-125) *replicationes, duplicationes*, ecc. (Gai. IV 126-129).

(889) [Gai. IV 136]. Anche la *actio ex stipulatu* in molti casi era una varietà della *condictio incerti*. Le più recenti azioni dei contratti consensuali e quelle dei contratti reali (eccetto il *mutuum*) avevano del pari nomi speciali ma nel fatto erano altrettante *incerti condictiones* nel più largo senso della frase.

ulteriori progressi furono relativamente facili, essendo aperta la via alla costruzione di *formulae* sopra diritti incerti sorti da convenzioni in cui l'uso delle stipulazioni andava a poco a poco perdendosi (p. 300); finchè si giunse ai giudizii di buona fede (*bonae fidei iudicia*), distinti per le parole *ex fide bona* che si trovano nell'*intentio:* QVIDQVID OB EAM REM N^M^ · N^M^ · A° · A° · EX FIDE BONA DARE FACERE OPORTET . . . , ecc.

Nel caso di azioni reali il passaggio dalle *legis actiones* al sistema formulare seguì un diverso indirizzo. La legge ebuzia non abolì la procedura *per sacramentum* quando si doveva ricorrere alla corte centumvirale per questioni di diritto quiritario. Al tempo di Cicerone, quantunque la formula petitoria si fosse già talvolta adoperata [890], i *centumviri* erano ancora in piena attività (p. 199 nota 466); ma vi è dubbio se al tempo di Gaio si adissero i *centumviri* nei processi relativi ad eredità. In questo tempo le questioni di proprietà si facevano valere o *per sponsionem* o *per formulam petitoriam,* e la procedura *per sponsionem* deve essere riguardata come l'anello di congiunzione tra la procedura delle *legis actiones* e la *vindicatio petitoria.* Nell'un caso e nell'altro le questioni di diritto reale erano risolute indirettamente; l'attore richiedeva che il convenuto si obbligasse con stipulazione a pagare venticinque sesterzii nel caso in cui la cosa controversa fosse riconosciuta in sua proprietà; nello stesso tempo il convenuto garantiva all'attore la eventuale restituzione della cosa e il pagamento dei frutti e dei vantaggi da essa ritratti. La forma poi adattata alla fattispecie e rimessa al giudice *ex facie* portava a determinare soltanto se i venticinque sesterzii fossero o no dovuti: l'azione era in forma personale e non reale e però giustamente rimessa al giudice unico invece che al tribunale centumvirale. Ma il risultato diretto portava indirettamente a provocare un giudicato (*sententia*) sulla questione di diritto reale. Quando il giudizio era favorevole all'attore questi non reclamava l'ammontare della fatta *sponsio* ma la cosa che era stata riconosciuta sua; e se il convenuto indugiava a conse-

---

(890) Vedine esempi in Cic. *Verr.* II 2, 12, 31.

gnarla con i frutti e profitti l'attore si rivaleva contro i mallevadori di lui (891). — La formola petitoria fu senza dubbio introdotta più tardi e più direttamente. Essa conteneva, come la *conditio certi*, la *intentio* e la *condemnatio* soltanto ed era così concepita: TITIVS IVDEX ESTO · SI PARET SERVVM STICHVM Q · D · A · EX IVRE QVIRITIVM A^{I} · A^{I} · ESSE · NEQVE (NISI) EVM N^{s} · N^{s} · A^{o} · A^{o}. ARBITRATV TVO RESTITVET QVANTI EA RES ERIT N^{M} · N^{M} · A^{o} · A^{o} · CONDEMNATO · SI NON PARET ABSOLVITO (Cic. *Verr.* II 12. — Gai. IV 92. — Dig. V 3, 3, 10, 1).

Tutte queste *formulae*, tanto delle azioni personali quanto della reale, possono servire di esempio della categoria di formule conosciute sotto il nome di *formulae iuris civilis* o *in ius conceptae;* caratteristica delle quali era di avere nella *intentio* una delle seguenti frasi: EIVS ESSE EX IVRE QVIRITIVM — ADIVDICARI OPORTERE (892) — DARI OPORTERE — DARI FIERI OPORTERE — DAMNUM DECIDI OPORTERE (893) — Tali *formulae* si usavano quando il diritto che si voleva rivendicare o la obbligazione che si voleva fare adempire erano fondate sul *ius civile,* e cioè tanto su la legge quanto su la consuetudine o la *interpretatio.* Quando invece il diritto o l'obbligazione avevano soltanto sanzione nell'editto del pretore, era necessario ricorrere alle *actiones iuris honorarii* le quali comprendevano le *actiones utiles* e le *actiones in factum.* Le prime erano azioni del *ius civile* estese a casi per cui non erano rigorosamente parlando proprie; le seconde avevano origine affatto pretoria e servivano alla protezione di diritti o alla riparazione di lesioni non previste dall'*ius civile* (894).

Alcune delle *actiones utiles* erano chiamate *actiones*

---

(891) Gai. IV 91-96.

(892) Questa frase era usata soltanto nelle azioni divisorie della proprietà della eredità e simili; serviva a chiedere che il giudice aggiudicasse (o riconoscesse in proprietà) a ciascuna delle parti in causa la porzione che le spettava.

(893) Questa frase era usata in alcune azioni *ex delicto,* dove le antiche pene di morte del taglione o della schiavitù erano state nella pratica mutate in compensi pecuniari e il convenuto quindi era chiamato ad accordarsi con l'attore su ciò.

(894) In pochi casi non ben definiti si avevano a un tempo azioni civili

ficticiae. Alcuni vedono in codeste finzioni un segno di debolezza e come tali le combattono; ma è chiaro che ogni emendamento nel diritto suppone la coscienza del difetto di ciò che si è corretto. Del resto era conforme all'indole della romana giurisprudenza fingere che un nuovo rapporto fosse identico ad altro già protetto di azione e quindi estendere così la norma vigente secondo il bisogno, anzichè introdurre una nuova azione o creare una nuova norma giuridica.

Il *bonorum possessor* per esempio (§ 54) non era riconosciuto dal *ius civile;* non era erede e perciò non aveva diritto di servirsi delle azioni proprie dell'erede nè per ricuperare le proprietà del defunto nè per procedere contro i suoi debitori. Il pretore avrebbe potuto senza difficoltà imaginare nuove azioni che servissero al nuovo caso; preferì, come più semplice espediente, adattare ad esso le azioni già esistenti per l'erede introducendo nella formola una finzione dello stato di erede civile (895). — Lo stesso avvenne per il *bonorum emptor* o compratore in massa dei beni di un fallito all'asta promossa dai creditori. L'*emptio bonorum* era istituto pretorio (896) e il pretore se lo avesse creduto conveniente avrebbe potuto facilmente proteggere l'acquisto del compratore con azioni pretorie sia per ricuperare la proprietà sia per proseguire i debitori del fallito; ma anche qui egli seguì la via più semplice e considerandolo un successore universale gli dette le azioni dell'erede con l'aiuto della solita finzione della qualità di erede (897). — Un peregrino non poteva proseguire in giudizio o essere perseguitato per furto o per danni recati alla proprietà, perchè le XII Tavole

---

ed azioni pretorie per le stesse lesioni di diritto; Gaio infatti osserva (IV 45) che nel commodato e nel deposito la mancanza della restituzione dell'oggetto commodato o depositato dava luogo contro il commodatario ed il depositario ad azioni che potevano essere concepite tanto *in ius* quanto *in factum*. Nello stesso paragrafo anzi dà le formule delle *actiones depositi in ius* ed *in factum conceptae;* è interessante il loro confronto.

(895) Gai. IV 34.

(896) Gai. III 77-81.

(897) Gai. IV 35. — Teofilo (*Par. Inst.* III 12) chiama il *Bonorum emptor* πραιτώριος διάδοχος (successore pretorio) del fallito.

e la legge aquilia non si riferivano che ai cittadini, ma il pretore permise che citasse e fosse citato in giudizio per mezzo di una finzione di cittadinanza (898). — Quegli che aveva acquistato una *res mancipii* con giusto titolo, ma senza servirsi della *mancipatio* o della *in iure cessio,* qualora fosse stato privato del possesso prima che fosse compiuta l'usucapione, non poteva intentare una *rei vindicatio* per ricuperarla poichè non era in condizione da potere affermare la sua proprietà quirizia su di essa, al pari e per la stessa ragione di colui che in buona fede e con giusto titolo aveva acquistato una cosa da persona che non avesse potuto alienarla. In ambedue i casi il pretore concedeva, con una finzione di compiuta usucapione (899), ciò che era in effetto una vera *rei vindicatio;* vale a dire la tanto utile azione publiciana di cui si è parlato in un precedente paragrafo (§ 52).

Questi sono esempii di *actiones ficticiae,* azioni cioè dell'*ius civile* applicate con questo semplice espediente a casi pei quali altrimenti sarebbero state inadatte; esse formavano una delle più importanti varietà delle *actiones utiles.* Affatto diverso era il procedimento nelle *actiones in factum* il numero e la varietà delle quali erano praticamente illimitati, quantunque per lo più si fondassero su la promessa del pretore di rimettere nelle tali e tali circostanze la cosa ad un *iudex* — *iudicium dabo* (900) — e quantunque avessero la loro *formula* nell'editto. Molte di esse presero poi nomi speciali come, per esempio, *actio de dolo, actio negotiorum gestorum, actio hypotecaria, actio de pecunia constituta, actio vi bonorum raptorum, actio de superficie,* ecc.; il nome generico di *actio in factum* designava l'azione che non aveva un proprio nome. Nelle formole di esse, diverse da quelle *in ius conceptae,*

(898) Gai. IV 37.

(899) Gai. IV 36.

(900) Esempi: SI QVIS NEGOTIA ALTERIUS ... GESSERIT IVDICIVM EO NOMINE DABO (Dig. III 5, 3 pr.) — QVAE DOLO MALO FACTA ESSE DICENTVR SI DE HIS REBVS ALIA ACTIO NON ERIT ET IVSTA CAVSA ESSE VIDEBITVR IVDICIVM DABO (Dig. IV 3, 1, 1) — NAVTAE CAVPONES STABVLARII QVOD CVIVSQVE SALVVM FORE RECEPERINT NISI RESTITVENT IN EOS IVDICIVM DABO (Dig. IV 9, 3, 1) — QVOD QVIS COMMODASSE DICETVR DE EO IVDICIVM DABO (Dig. XIII 6, 1 pr.).

non era riassunta alcuna questione di diritto per norma del giudice, ma solo erano determinate le circostanze di fatto che, provate, portavano ad una condanna. La formula dell'*actio de dolo*, per esempio, era così concepita: TITIVS IVDEX ESTO · SI PARET DOLO MALO N^{I} · N^{I} · FACTVM ESSE VT A^{S} · A^{S} · FVNDVM (CORNELIANVM ecc.) Q · D · A · MANCIPIO DARET NEQVE ARBITRIO TVO RESTITVETVR... QVANTI EA RES ERIT CONDEMNA · SI NON PARET ABSOLVE.

Le parole NISI ARBITRATV TVO RESTITVAT in questa formula sono un esempio di una parte della *condemnatio* molto usata in certe azioni. Sotto il sistema formulare un giudice doveva condannare il convenuto soltanto a pagare una somma di denaro (901) di cui l'ammontare era talvolta definitivamente fissato nella formula, talvolta limitato ad un massimo e talvolta lasciato intieramente a sua discrezione (902). Ma spessissimo accadeva, specialmente nelle azioni per restituzione o esibizione di cose, che gli indennizzi in denaro non fossero il più equo risultato; allora il giudice poteva, quando l'attore aveva esposto il suo caso, determinare ciò che tenendo conto di tutte le circostanze incombeva al convenuto secondo i principii di equità e giustizia (903). È possibile che in qualche esempio questo potere discrezionale fosse conferito al giudice con le parole: NISI ARBITRATV TVO N. N. A^{o} · A^{o} · SATIS FACIAT; ma se nelle azioni suddette non eseguivasi volontariamente il giudicato aveva luogo la materiale esecuzione con quelle restrizioni però di modo di tempo di luogo che il giudice credesse opportune. Soltanto quando si obbediva alla sentenza il giudice condannava pei danni, dei quali l'ammontare veniva determinato dallo stesso attore sotto giuramento. Le azioni in cui il giudice aveva tanto potere discrezionale dicevansi *actiones arbitrariae*. — L'elenco di tali azioni dato da Giu-

---

(901) Gai. IV 48.

(902) Gai. IV 50-51.

(903) Just. *Inst.* IV 6, 31: *Permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

stiniano (904) contiene soltanto azioni pretorie; ma non deve da questo indursi che nelle azioni del *ius civile* un giudice non avesse tale facoltà, chè anzi Gaio dice essere sempre suo dovere di assolvere il convenuto che desse soddisfazione all'attore in qualunque tempo dopo la *litis contestatio* (905). Non vi ha dubbio che non fosse tenuto a ciò fare *ex officio*, nelle azioni di buona fede; la incertezza dei Proculeiani se fosse o no obbligato od almeno autorizzato a ciò in quelle *stricti iuris* non crea alcuna reale difficoltà mentre è costante l'uso di introdurre in tali azioni, quando tendevano a pretendere la restituzione di una cosa, le parole NISI RESTITVAT. Codeste parole però non davano diritto al giudice di determinare quale fosse sufficiente soddisfazione per l'attore quando il convenuto non aveva restituito l'oggetto per una reale e scusabile impossibilità; ma lo autorizzava, se pure non lo obbligava a non condannare il convenuto che avesse fatta la voluta restituzione (906).

Spesso si incorporava nella formola la così detta *exceptio,* mezzo di difesa che escludeva la condanna per ragioni di equità o di pubblica sicurezza anche se l'attore avesse provato chiaramente tutte le circostanze di fatto e di diritto contenute nella sua *intentio.* Così supposto che A avesse promesso con stipulazione di dare a B 1000 sesterzii, e che più tardi B avesse senza forma legale rinunciato a perseguire il debito in giudizio, questa rinuncia come semplice *nudum pactum* non aveva alcun valore di fronte al *ius civile* nè costituiva un impedimento *ipso iure* a che B introducesse la sua azione, non avendo tolto il *dare oportere.* Tuttavia questa azione di fronte all'accordo avvenuto, costituiva una violazione di fede per parte di B che non poteva essere sanzionata dal pretore, il quale aveva dichiarato nell'editto di conservare qualunque patto anche irregolare purchè fondato su causa

---

(904) Just. *l. c.* — Il passo in cui forse Gaio ne parlava è ora affatto illeggibile nel ms. veronese; si trova nella pagina 227 e doveva essere tra i §§ 114 e 115 del libro IV.

(905) Gai. IV 114.

(906) Su le *actiones arbitrariae* e l'*arbitrium* del giudice vedi LENEL *Beiträge,* p. 80 e seg. — SOHM *Inst. d. R. R.* p. 136 seg.

onesta non contrario alle leggi e non dannoso per una delle parti (907). Pertanto quando B ricorreva per una formula, A aveva diritto di fare inserire in essa l'ammonimento al giudice di pronunciare la condanna nel solo caso in cui non fosse provato l'addotto *pactum de non petendo:* SI INTER A. A. ET N. N. NON CONVENIT NE EA PECVNIA PETERETVR (908). Similmente quando si affermava di aver promesso una data somma ma solo a titolo di rimborso di un mutuo che poi non si fece, o di averla promessa perchè ingannato o impaurito o per errore, o quando si adduceva in contrario di aver già pagato la somma pretesa, il pretore formulava una eccezione fondandola su l'equità del *ius honorarium* contro il rigore del *ius civile.* Talvolta il convenuto, in luogo di scendere a particolari di fatto che gli dessero diritto ad una specifica eccezione, giudicava più vantaggioso per lui di inserire nella formula parole generiche con le quali riservava a sè di provare qualche colpa dell'attore tale che gli impedisse di ottenere una condanna. Questa era la cosidetta *exceptio doli* (*generalis*): SI NON IN EA RE QVID DOLO MALO A^{I} · A^{I} · FIAT. Essa poteva essere impiegata in tutte le azioni di buona fede — *exceptio doli inest bonae fidei iudiciis* — e il *quidquid dare facere oportere ex fide bona* che era dal pretore introdotto nella *intentio* di queste azioni bastava, senza che pur vi fosse alcuna eccezione formalmente espressa, perchè il giudice potesse prendere in considerazione le ragioni del convenuto contro la disonesta pretesa dell'attore (909).

Non posso qui diffondermi a parlare delle conseguenze derivanti da qualche difetto della formula; della procedura *in iure* od in *iudicio;* dell'appello ad un tribunale superiore per la revisione del giudizio; finalmente della procedura di esecuzione la quale si faceva contro i beni

---

(907) Ulp. *lib. 4 ad edict.* in Dig. II 14, 7, 7.

(908) Gai. IV 119.

(909) Intorno alle eccezioni vedi LENEL *Ueber Ursprung u. Wirkung d. Exceptionen* Heidelberg 1876 e la bibliografia ivi citata. — SOHM *Inst. d. R. R.* p. 141 e seg. Quest'ultimo spiega chiaramente ed in breve la natura delle eccezioni fondate su la legge, quali le eccezioni dei senatoconsulti Volleiano e Macedoniano, e la funzione della eccezione nelle *actiones in factum.*

del debitore condannato, e metteva capo all'arresto personale solo quando i beni non potevano essere sequestrati. Del resto ho detto abbastanza per mostrare come fosse elastica questa procedura e come le *formulae* pretorie insieme con le relative dichiarazioni dell'Editto servissero mirabilmente alla introduzione di un immenso numero di nuovi istituti giuridici. Questo sistema raggiunse il suo perfetto sviluppo prima del consolidamento dell'Editto per opera di Giuliano, ed il riconoscimento legale che esso allora ottenne non aggiunse nulla alla sua efficacia.

§ 72.

Procedura « extra ordinem » (910).

La procedura divisa in due periodi, il periodo *in iure* e il periodo *in iudicio*, formava l'*ordo iudiciorum privatorum*. Nei primi anni dell'impero il pretore usò spesso di non concedere in certi casi la formula e di non rimettere il giudizio ad un giudice avocando a sè la causa e dirigendone in persona lo svolgimento dal principio alla fine. Questa procedura si seguiva talvolta quando la pretesa messa in campo riposava piuttosto su di un principio morale che su di un diritto, talvolta anche per evitare inutili rivelazioni di discordie famigliari. Così le prime questioni che sorsero intorno alle fiducie testamentarie furono demandate ai consoli, in apparenza perchè secondo la giurisprudenza d'allora non aveva il beneficiato diritto di pretendere dall'erede (il quale era stato soltanto pregato di adempiere ai desiderii del testatore) il pagamento del fedecommesso. Se questa difficoltà fosse sorta in un periodo precedente, nei giorni della feconda energia dei pretori, essi probabilmente vi avrebbero supplito con un *actio in factum*. Ma nel nuovo ordine di cose la difficoltà fu data a

(910) Vedi KELLER *Röm. CP.* § 81. — BETHMANN-HOLLWEG *Gesch. d. CP.* II § 122. — BEKKER *Aktionen,* II cap. 23. — BARON *Gesch. d. R. R.* I § 220. — BUONAMICI *Procedura* p. 398 e seg.

sciogliere agli imperatori i quali adottarono il metodo della *extra ordinaria cognitio;* la cognizione di queste questioni che prima era stata affidata ai consoli fu dopo non molto trasmessa ad un magistrato espressamente creato, il pretore fedecommessario. Nello stesso modo le questioni tra tutori e pupilli furono trattate *extra ordinem* finchè Marco Aurelio le rimise ad un *praetor tutelaris;* le questioni fiscali nelle quali una delle parti interessate era un privato, passarono ad un *praetor fisci* la cui creazione è dovuta a Nerva. Così pure le questioni sugli alimenti tra padre e figlio e tra patrono e liberto fondandosi sul diritto naturale piuttostochè sulla legge, non potevano dar luogo ad un *iudicium* e perciò erano di cognizione dei consoli o del prefetto della città o del preside delle provincie. Anche le questioni sullo stato di una persona e specialmente sullo stato di schiavitù o di libertà erano risolute *extra ordinem* almeno dal tempo di Marco Aurelio, al pari dei reclami dei medici degli avvocati degli insegnanti pei loro onorarii e dei pubblici ufficiali pei loro stipendi, non ammettendo i Romani che essi potessero ottenersi con una ordinaria azione di locazione. In tutte queste cognizioni straordinarie la procedura cominciava con una istanza fatta al magistrato in luogo della *in ius vocatio* della parte cui si muoveva lite; stava poi al magistrato di richiedere la presenza del convenuto (*evocatio*) quando la pretesa appariva fondata. Invece di sentenza il magistrato emanava un *iudicatum* o un *decretum* secondo le circostanze.

§ 73.

Rimedi giuridici derivanti dall'« imperium » del magistrato (911).

La semplificazione della procedura, dovuta alla introduzione del sistema formulare ebbe grandissima influenza su lo sviluppo del diritto; e forse non meno benefici ef-

(911) Keller, § 74-80. — Bethmann-Hollweg, II § 98, 119-121. — Bekker *Aktionen* II cap. 16-18. — Baron *Gesch.* I § 216-219.

fetti derivarono dall'intervento dei pretori in certi casi nei quali potevano e dovevano agire in virtù del supremo potere onde erano investiti. L'azione diretta dal pretore si esplicò — negli interdetti — nelle stipulazioni pretorie — nella *missio in possessionem* — nella *in integrum restitutio*.

I. Gli interdetti (912) erano in uso già sotto il regime del *ius civile* (p. 233) ma il loro numero e la efficacia loro crebbe grandemente per la influenza del *ius honorarium*. Caratteristica di questa procedura era che il pretore, tutt'al contrario dell'ordinario processo, ammetteva senza altro i fatti addotti dall'attore e senza attendere un giudizio di prova emanava un decreto in virtù del quale il convenuto doveva obbedire o provare immediatamente il suo diritto. L'ordine pronunciato poteva essere restitutorio, esibitorio (in ambedue i casi le fonti gli danno qualità di decreto), o proibitorio. Restitutorio quando, per esempio, ordinava ad alcuno di restituire qualche cosa che secondo l'attore altri si fosse violentemente appropriata, oppure di rimuovere impedimenti che avesse posti nel letto di un fiume, e via dicendo; esibitorio quando ordinava di produrre cose che indebitamente fossero custodite, ad esempio, un cittadino detenuto schiavo o un testamento al quale il querelante allegasse di avere interesse; proibitorio infine quando ordinava di non turbare lo *status quo* del possesso di una cosa ovvero di non impedire il passaggio per una strada maestra o in un corso d'acqua o di non vietare l'accesso ad un cimitero e simili. Se il convenuto s'arrendeva all'ordine contenuto nel decreto restitutorio od esibitorio, ogni questione era terminata; ma spesso, anzi il più delle volte, l'interdetto non era che il principio di una lite facilitata da sponsioni e da nuove stipulazioni delle quali erano oggetto queste questioni: 1) se l'interdetto o il decreto siano giusti; — 2) se vi sia stata turbativa o lesione; — 3) quali danni debbono per

(912) Oltre agli autori citati nella nota precedente vedi: K. A. Schmidt *Das interdiktenverfahren d. Röm. in geschichtl. Entwickelung* Leipzig 1853. — Machélard *Theorie des interdits en droit romain* Paris 1864. — Buonamici *Procedura* p. 420-480.

ciò pagarsi. La procedura adunque degli interdetti era spesso tutt'altro che sommaria.

Si complicava negli interdetti possessorii *uti possidetis* ed *utrubi*, in gran parte per ciò che questi erano interdetti duplici (*interdicta duplicia*) cioè che potevano indifferentemente essere pronunciati contro l'una o l'altra delle parti; Gaio dice (913), ma secondo i più con poco fondamento, che essi furono imaginati per soccorrere alle liti intorno a proprietà e allo scopo di decidere quale delle parti, come possessore, dovesse godere dei vantaggi della condizione di convenuto nella *rei vindicatio* (914). — Che fossero usati così al suo tempo come al tempo di Giustiniano (915) non vi può essere dubbio; ma è impossibile che prima le cose stessero così perchè erano infinitamente più complicati della *vindicatio* a cui secondo Gaio furono sostituiti (916). Si prenda a mo' d'esempio l'interdetto *uti possidetis* che si applicava alle cose immobili mentre l'*utrubi* riguardava le mobili; appena ambedue le parti erano presenti, il pretore si rivolgeva ad essi dicendo: VTI EAS AEDES QVIBVS DE AGITVR NEC VI NEC CLAM NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS QVOMINVS ITA POSSIDEATIS VIM FIERI VETO (917).

Come si vede con ciò non si risolveva la questione ma si vietava ogni alterazione dello *status quo;* la lite era sempre possibile tra la parte che era in possesso e quella cui era stato vietato di molestarne il possesso. Le formalità conseguenti dall'interdetto erano un po'strane; ciascuna delle parti doveva tosto commettere una infrazione all'interdetto fingendo di usare violenza all'altra parte

(913) Gai. IV 148.

(914) Se quello fu lo scopo loro originario, furono certamente ignoti finchè la *rei vindicatio* si fece valere *per sacramentum;* perchè nell'azione reale *per sacramentum* tutte e due le parti vendicavano la cosa e tutte e due in conseguenza erano a lor volta attore e convenuto (*supra* § 34 n. 473).

(915) *Inst.* IV 16, 4. Ma assai prima dei tempi di Giustiniano furono grandemente semplificati e nel fatto cangiati in un'azione che pur ritenne l'antico nome.

(916) Vedi la imperfetta descrizione di questa procedura in Gai. IV 148-152, 160, 166-170.

(917) [Dig. XLIII 17, 1 pr. — Vedi Gai. IV 160 e Fest. v. *possessio* p. 233 M].

(*ius ex conventu* (918)); ciascuno di essi poteva perciò dire all'altro — ambedue abbiamo usato violenza ma tu solo contravvieni all'interdetto poichè io sono in possesso della cosa. — Il godimento interinale della cosa era allora aggiudicato al miglior offerente, che si obbligava con stipulazione a pagare i frutti all'avversario qualora la sentenza fosse a questi favorevole; quindi si facevano le sponsioni e le restipulazioni penali da ambe le parti, e per mezzo di esse, quattro di numero, venivano redatte le formole e mandate ad un giudice per la decisione. Se poi la procedura non poteva svolgersi così, perchè l'una o l'altra parte rifiutasse di prendere parte alla *vis ex conventu* o alla licitazione del possesso interinale o alle sponsioni e stipulazioni, la parte renitente era senz'altro giudicata e con un cosidetto interdetto *secondario* le era imposto di cedere subito all'altra parte il possesso o la detenzione della cosa e di non molestarla in avvenire (919). Chechè si pensi del sistema procedurale dei Romani nel periodo classico, non può a meno di far meraviglia un procedimento tanto complicato e complesso come è questo degli interdetti possessorii.

II. La stipulazione pretoria (920) era un impegno formale imposto ad un individuo dal magistrato o da un giudice affine di garantire un terzo contro una perdita eventuale o contro il possibile danno derivante da un atto o dall'inadempimento di un obbligo, sia di colui cui fu imposta l'obbligazione sia di qualunque altra persona per

---

(918) Così la dice Gaio; era forse una stessa cosa con la *vis moribus facta* di cui parla Cic. *pro Caec.* I 2 e VII 22. — Vedi KAPPEYNE VAN DE COPPELLO *Ueber das vim facere beim interdictum uti possidetis* in Abhandl. zum Röm. Staats — und Rechtslehre Stuttgart 1885, p. 115 e seg.

(919) KAPPEYNE VAN DE COPPELLO (*l. c.* p. 166 e seg.) crede che l'*interdictum secundarium* non fosse un procedimento in contumacia, ma una procedura nella quale la parte declinando il *vim facere* (perchè conosce di non potere provare in sè il legittimo possesso), è autorizzata a presentarsi come convenuto e chiedere che l'avversario provi egli il suo possesso come base di un decreto restitutorio o proibitorio.

(920) Vedi, oltre gli autori ricordati nella nota 911, SCHIRMER *Ueber die praetorischen Judicial Stipulationen* Greifswald 1853. — BUONAMICI *Procedura*, pag. 499 e seg.

la quale fosse responsabile. Quantunque chiamate pretorie, perchè i casi in cui queste stipulazioni potevano aver luogo erano determinati dall'Editto, senza dubbio ebbero origine dal *ius civile*. Esse erano infatti precisamente un mezzo per assicurarsi anticipatamente il beneficio di una azione dell'*ius civile* con la quale ottenere riparazione del danno eventualmente prodotto da un atto o dalla omissione di un atto dello stipulante. Ulpiano classificò le stipulazioni (921) in stipulazioni di garanzia giudiziarie e comuni. Le prime erano semplicemente di precauzione, e affatto indipendenti da alcuna azione già promossa dalla parte a cui favore il magistrato imponeva la stipulazione contro la parte cui era imposta. Ve ne erano molte specie, relative ai varii istituti del diritto; per esempio, la *cautio damni infecti* che serviva a premunirsi contro il danno probabilmente derivante ad una proprietà dal malsicuro stato della casa del vicino; la *cautio usufructuaria* con la quale il proprietario si faceva garantire la restituzione in buono stato della cosa data in usufrutto, alla morte dell'usufruttuario; la stipulazione edilicia contro i possibili vizii in una cosa venduta, e via dicendo. In tutti questi casi la stipulazione o *cautio* era una garanzia contro una futura perdita o danno, per lo più confortata con mallevadori e resa efficace con la conseguente *actio ex stipulatu* quando si avverava la perdita o il danno. — Le stipulazioni giudiziarie, secondo la classificazione di Ulpiano, erano quelle imposte da un giudice nel corso di una lite pendente innanzi a lui ed in rapporto ad essa; per esempio, la *cautio iudicatum solvi* per assicurare la esecuzione del giudicato da parte del convenuto; la *cautio de dolo* perchè l'oggetto controverso non fosse nel frattempo deteriorato, ecc. Frequenti erano quelle che il magistrato poteva imporre indipendentemente da ogni lite in corso; come quella che si esigeva da un tutore o curatore per assicurare la fedele amministrazione dei beni del pupillo, o da un procuratore perchè il suo rappresentato ratificasse ciò che egli faceva.

La *missio in possessionem* mirava a porre una persona

(921) Dig. XLVI 5, 1.

nel possesso sia di tutti i beni di un altro (*missio in bona*) sia di qualche singola cosa a lui appartenente (*missio in rem*). La prima era di gran lunga la più importante; ad essa si ricorreva come a mezzo di esecuzione non solo contro un debitore giudicato ma anche contro quegli che stesse fuori di Roma per evitare di essere citato in giudizio, contro colui che essendo stato debitamente citato non facesse ciò che doveva fare nella sua condizione di convenuto, contro i beni di persona defunta di cui nessun erede volesse accettare l'eredità lasciando così i creditori senza un debitore da cui potessero esigere il pagamento dei loro crediti, finalmente contro i beni appartenuti a persona sottostata a *capitis deminutio* (§ 29), qualora il capo di famiglia a cui si fosse assoggettato rifiutasse di assumere qualsiasi responsabilità per i suoi debiti. La *missio in rem* era concessa, per esempio, quando alcuno ricusava di dare una *cautio damni infecti;* il querelante era allora posto nel possesso del fabbricato pericolante perchè provvedesse alla propria protezione.

III. La *in integrum restitutio* (922) poneva alcuno per ragioni di equità, nella posizione giuridica che occupava prima di qualche avvenimento occorso a suo pregiudizio, ed era una delle più notevoli manifestazioni dell'*imperium*. Non già che ottenesse o direttamente con azione o indirettamente con eccezione, una sentenza che togliesse ogni effetto dannoso all'atto impugnato o compensasse altrimenti i danni materiali prodotti dall'atto stesso; ma il magistrato — il quale non poteva essere che il pretore, il prefetto urbano e pretorio, il preside provinciale, o l'imperatore stesso — spontaneamente decretava che fosse ristabilito per quanto era possibile lo *status quo ante*. Non bastava però ad ottenere tale straordinaria concessione che potesse provare che altri si era avvantaggiato di codesto atto o fatto e che egli non aveva alcun mezzo di provvedere altrimenti al caso suo, ma era necessario che potesse fondare la sua domanda su qual-

(922) Vedi anche SAVIGNY *System* VII § 315-343. — BUONAMICI *Procedura* pag. 480 e seg.

cuna delle speciali e tassative cause di restituzione; tali erano la minor età, la intimidazione a cui non si potesse resistere, l'errore di fatto, l'assenza e simili cose. Era poi lasciato in facoltà del magistrato di determinare se nel caso concreto si ravvisavano le circostanze opportune; ma anche qui la pratica e la giurisprudenza, col tempo, si accordarono a limitare i poteri discrezionali del giudice e determinarono esattamente i principii della *in integrum restitutio* come avevano determinati i criteri della *actio quod metus causa* e della *actio de dolo*.

PARTE QUINTA.

PERIODO DELLA CODIFICAZIONE

(Da Diocleziano a Giustiniano)

CAPO PRIMO.

Avvenimenti storici che influirono sul diritto.

§ 74.

Prevalenza degli imperatori nella formazione del diritto.

Dal tempo di Diocleziano in poi il diritto di far leggi fu senza eccezione riconosciuto agli imperatori. Il senato esisteva ancora ma privo di ogni facoltà di governo e di legislazione. Non più si riconosceva a giureconsulti diritto di dare responsi ufficiali ed al solo consiglio imperiale ormai dovevasi chiedere l'interpretazione di leggi antiche e la promulgazione di nuove.

Durante il regno di Diocleziano i rescritti (p. 326) furono ancora numerosi; ma le costituzioni che si trovano nel codice Teodosiano e Giustiniano e che datano dal tempo di Costantino hanno in genere maggiore ampiezza di dispositivo e appartengono a quella classe di leggi conosciute sotto il nome di leggi generali o edittali (*leges generales, edictales*). Tuttavia non si creda che i rescritti fossero affatto caduti in disuso; il Codice di Giustiniano contiene parecchie norme riguardo alla loro forma di cui si occupa anche una delle Novelle; giunsero a noi in scarso numero perchè avevano efficacia soltanto fra le parti a cui erano state indirizzate. Ciò espressamente dichiara-

rono gli imperatori Arcadio ed Onorio nel 398 per i rescritti inviati ai pubblici ufficiali e non è cosa improbabile che simigliante restrizione avesse limitata già prima la efficacia dei rescritti indirizzati a privati. Il Puchta crede che la costituzione di Onorio ed Arcadio si riferisse egualmente ai *decreta* (§ 327) perchè durante questo periodo niuna lite fu sottoposta al giudizio degli imperatori, salvo che in appello, e perchè sotto il nuovo ordinamento di Costantino la sentenza di conferma o di rivocazione aveva forma di rescritto indirizzato al magistrato appellante. La disposizione di Arcadio ed Onorio fu rinnovata nel 425 da Teodoro e Valentiniano, i quali però soggiunsero che quando il decreto od il rescritto conteneva evidentemente norme di ordine generale avesse valore ed efficacia di editto o *lex generalis*. Giustiniano limitò questi provvedimenti ai rescritti del vecchio stampo dichiarando che i suoi giudizii (*decreta*) dovevano essere considerati ovunque come legge di applicazione generale al pari di ogni interpretazione data ad una *lex generalis* benchè provocata da un privato.

Gli editti imperiali deliberati nel Consiglio erano ordinariamente indirizzati al popolo al senato o a qualche ufficiale civile militare o ecclesiastico secondo la natura dell'oggetto dell'editto. Il modo di pubblicazione variava, ma quando l'editto era mandato ad un pubblico ufficiale, questi doveva provvedere alla sua pubblicazione. Dopo la divisione dell'impero, avendo ciascun imperatore potere legislativo in tutto l'impero, le costituzioni risguardanti gl'interessi di ambedue i governi per lo più erano pubblicate di comune accordo degli imperatori; altre volte invece per mezzo di una prammatica sanzione erano comunicate all'altro imperatore, il quale se lo credeva opportuno con un editto ne ordinava anch'egli la promulgazione. Quanto alla forma, gli editti sono molti inferiori ai senatusconsulti ed ai rescritti del secondo e terzo secolo, perchè prolissi e molte volte oscuri: nè fa meraviglia, che i compilatori della *Lex Romana Visigothorum* credessero necessario di corredarli di una interpretazione; ma purtroppo anche questa è ben lungi dall'esser chiara.

§ 75.

Il Cristianesimo religione dello Stato (923).

Molti ritengono che il Cristianesimo con la sua filosofia umanitaria abbia fin dal primo secolo dell'impero esercitata su alcuni istituti giuridici quella influenza che vuolsi invece ascrivere (§ 55) alle dottrine del *ius naturale* infiltratesi nel *ius civile* per il tramite della filosofia stoica. Gli insegnamenti di Seneca ebbero ben maggiore efficacia delle norme insegnate misticamente nelle piccole assemblee dei primi cristiani. Non si può pertanto ragionevolmente asserire che, ove il Cristianesimo non avesse trionfato, il diritto più non sarebbe stato animato da quello spirito di equità onde con l'andar degli anni derivarono quelle riforme degli istituti famigliari e successorii che costituiscono il migliore contributo degli imperatori al diritto privato. Può darsi che codesta nuova tendenza del diritto fosse rafforzata e resa più attiva dalla diffusione delle idee cristiane; ma fino a che Costantino non sanzionò pubblicamente il Cristianesimo, fino a che Teodosio non lo dichiarò religione dello Stato, non si incontrano traccie evidenti della influenza della nuova setta filosofica. Le prime traccie si trovano in decreti resi a favore della nuova Chiesa, delle sue proprietà, e dei suoi privilegi come legataria; in decreti che conferivano o imponevano ai vescovi la sorveglianza delle fondazioni pie e la facoltà di intervenire in materia di tutela; nella efficacia riconosciuta a certi atti compiuti in presenza di due o tre membri del clero e ricordati nei registri della Chiesa; nella incapacità al matrimonio ed alla successione per gli eretici e gli apostati; infine in una serie di disposizioni

---

(923) Troplong *De l'influence du christianisme sur le droit civil de romains* Paris 1843. — Merivale *The Conversion of the Roman Empire* (Boyles Lectures 1864) London 1864; in ispecie la *Lect.* IV e le note ad essa nella appendice.

meno importanti. Il Cristianesimo ebbe una influenza diretta su l'abrogazione delle disposizioni caducarie della legge *papia-poppea* (p. 317), su le pene del divorzio, e su la istituzione di un tribunale di vescovi (*episcopalis audientia*).

La legge caducaria voleva rimuovere dal celibato ed incoraggiare ai matrimoni fecondi; ma queste disposizioni non potevano mantenersi quando il celibato era non solo tollerato ma inculcato quasi virtù e come caratteristica particolare di una santa vita. In conseguenza le pene della *orbitas* e del *coelibatus* furono abolite, l'anno 320.

La legislazione su il divorzio dai primi decreti emanati in materia da Costantino fino a quelli di Giustiniano, costituisce un brutto capitolo nella storia del diritto. Nessuno degli imperatori che si occuparono di ciò, disfacendo l'opera dei predecessori e sostituendo un nuovo ordinamento altrettanto complicato quanto inutile, pensò di opporsi all'antico principio della libertà del divorzio eguale a quella del matrimonio e indipendente dalla sanzione o decreto di un tribunale giudiziario. Giustiniano fu il primo che in una delle sue Novelle impose come condizione alle parti che volessero fare divorzio di comune accordo (*communi consensu*) di entrare ambedue in un convento altrimenti il divorzio sarebbe nullo: ma questo decreto fu così avverso al sentimento popolare e così poco atto a migliorare i buoni costumi entro le mura dei conventi che fu abrogato dal suo successore. Non è meraviglia, adunque, con tale incomprensibile libertà di divorzio, che Nerone ci narri di aver veduto in Roma un tale convivente con la sua ventunesima moglie la quale pure aveva avuto di già ventidue mariti; o che un vescovo di Amasia trenta o quaranta anni prima di Giustiniano lamenti che gli uomini cambino moglie così come gli abiti, e che i letti nuziali siano rimossi come le baracche del mercato!

Le leggi dei predecessori di Giustiniano, e la maggior parte di quelle di codesto imperatore colpivano soltanto i ripudii di una parte sola con pene afflittive e pecuniarie; cioè gli autori di un ripudio fondato su una causa non riconosciuta sufficiente (le cause legittime poi variavano da regno a regno) ed il coniuge la cattiva condotta del

quale dava origine al ripudio giustificabile. Ma è inutile qui entrare in particolari [924].

La corte episcopale (*episcopale iudicium*, *episcopalis audientia* [925]), ebbe origine dalla pratica dei primi Cristiani di sottomettere secondo i precetti apostolici le loro questioni ad uno o due fratelli di fede, per lo più ad un prete o ad un vescovo che agivano come arbitri [926]. Con la prevalenza del Cristianesimo come religione di Stato questa pratica ottenne sanzione legislativa; Costantino diede al tribunale vescovile giurisdizione eguale a quella dei tribunali civili ordinari quando ambedue le parti lo preferivano a questi; e con un posteriore decreto giunse a tale da permettere che anche contro il volere di una delle parti potesse l'altra portare il giudizio dinnanzi al tribunale ecclesiastico. Ben presto per molteplici ragioni, fra cui l'ignoranza dei giudici ordinari e il costo delle liti nelle corti civili, si fece tanto uso di questa facoltà di ricorrere al vescovo da impedire seriamente il disbrigo delle funzioni spirituali; quindi Onorio giudicò opportuno di ritornare alla regola primitiva e almeno riguardo ai laici limitare il diritto di ricorrere al giudizio episcopale nel solo caso in cui ambedue le parti vi acconsentissero. La procedura era molto simile a quella di un arbitraggio: la dichiarazione del vescovo non era una sentenza ma una *definitio*, e se non era volontariamente eseguita, doveva essere resa efficace con il lodo del magistrato civile. Non è possibile determinare con qualche approssimazione quale influenza questo intervento degli ecclesiastici come giudici nelle ordinarie cause civili — poichè essi non avevano la giurisdizione criminale — abbia avuto sullo sviluppo del diritto; ma certamente ne trasse conferma e sviluppo la tendenza a subordinare atti e parole alla volontà e all'*animus*, a non piegarsi al rigore del formalismo, ed a temperare le regole dell'*ius civile* con i principii della equità e del diritto naturale.

---

(924) Waechter *Ueber Ehescheidungen bei den Römern* Stuttgart 1822 p. 184 e seg.

(925) Bethmann-Hollweg *Gesch. d. CP.* III § 139.

(926) Cox *First Century of Christianity* London 1886 p. 226 e seg.

§ 76.

Cangiamenti sociali.

Dei molti cangiamenti sociali od economici di questo periodo, due specialmente hanno stretta attinenza con il diritto privato: la quasi generale ereditarietà delle funzioni, dei mestieri, delle arti e delle possessioni; e l'estensione del colonato o servitù della gleba. Le conseguenze della prima innovazione però, sono troppo peculiari per trovare qui luogo opportuno.

Il colonato (*colonatus*) (927), a quanto pare, costituiva ormai la condizione normale di quasi tutta la *plebs rustica* dell'impero; ne derivava una sorta di libertà personale del colono congiunta ad una perpetua servitù al suolo (*servi terrae ipsius*). Le controversie su la origine del colonato son molte. Sembra che in germe il colonato esistesse già in diverse parti dell'impero e fosse regolato, prima che avesse sanzione da leggi speciali, dalle consuetudini locali le quali voglionsi ascrivere a cause diverse secondo i luoghi. Nell'Egitto, ad esempio, esisteva una forma analoga prima della conquista romana; in qualche parte dell'Africa gli schiavi erano manomessi purchè stessero perpetuamente attaccati alla terra che costituiva il loro *peculium;* nelle provincie occidentali i prigionieri barbari erano bene spesso distribuiti tra i grandi proprietarii, infine gli stessi piccoli proprietari si pone-

---

(927) La bibliografia più antica su questo tema è riferita e criticata in HEISTERBERGCK *Die Entstehung des Colonats* Leipzig 1876. — In quest' opera è però dimenticato l'importante lavoro di ELIA LATTES *Studii storici sopra il contratto di enfiteusi nelle sue relazioni con il colonato* Torino 1868, di cui i cap. *ii* e *iii* sono dedicati appunto alla storia del colonato. — Fra le pubblicazioni più recenti voglionsi notare MARQUARDT *Röm. Staatsverwalt.* II 232 e seg. — FUSTEL DE COULANGES *Le Colonat Romain* nelle sue *Recherches sur quelques problèmes d'histoire* Paris 1881. — MOMMSEN *Ueber d. Dekret des Commodus f. den Saltus Burunitanus* nella Hermes XV 408 e seg. — HUMBERT v. *Colonus* in DAREMBERG e SAGLIO *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* 1884 I 1322 e seg. — KARLOWA *Röm. RG.* I 918 e seg.

vano in tale condizione rispetto ai grandi proprietarii, quando non erano da questi forzati a ciò, per averne capitali e protezione.

Coloro che stavano a capo del governo e che ricordavano la dura condizione dei latifondi in Italia avevano ragione di tutelare ed aiutare questo stato di cose perchè temperava i danni delle grandi proprietà, le quali in tal modo erano sparse di uomini liberi che avevano tutto l'interesse di far fruttare il meglio possibile il loro piccolo podere e che, pagando la tassa di capitazione, accrescevano le rendite pubbliche.

Secondo le numerose costituzioni dei codici di Teodosio e di Giustiniano le quali regolano questa materia i coloni erano uomini liberi soggetti alla capitazione ed iscritti nella lista censuaria alla pagina dove erano iscritti i grandi proprietarii da cui dipendevano e dai quali veniva raccolta la tassa; in causa anzi di tale obbligo essi sono spesso chiamati *adscripticii, tributarii, censiti.* Erano tenuti anche al servizio militare, ma non era dato loro diritto di arruolarsi volontariamente perchè non abbandonassero la coltura delle terre. Il *colonus* riceveva un piccolo pezzo di terra per la quale pagava un canone in denaro o per lo più in natura, che il padrone non poteva a suo piacimento aumentare. Alla stabilità del canone andava congiunta una certa stabilità di possesso; il proprietario non poteva cedere il colono separatamente dal terreno, nè il terreno senza di lui; ma era lecito ad un proprietario di più fondi, se uno di questi non era sufficientemente fornito di coltivatori, di mandarvi persone delle altre terre purchè con ciò non venissero separate dalla moglie e dai figli. Se un *colonus* fuggiva, il padrone poteva tosto che lo avesse ricuperato porlo in catene; contro ogni terzo detentore il proprietario aveva diritto di muovere azione come se il colono fosse realmente schiavo.

Tuttavia non era tale perchè con il permesso del suo padrone, che talvolta per questo voleva essere pagato, poteva contrarre un legittimo matrimonio onde gli derivava la *potestas* sui figli; era proprietario de' suoi effetti personali e poteva anche avere terre per le quali veniva

notato in censo pagando la imposta fondiaria come proprietario; alla sua morte ciò che gli era appartenuto passava agli eredi per testamento o *ab intestato*, e solo in mancanza di essi la eredità era devoluta al padrone. L'alienazione *inter vivos* era, come regola generale, possibile soltanto con il consenso del padrone perchè le proprietà del colono erano in certo senso un vero *peculium;* però una classe privilegiata, quella dei *liberi coloni* cosidetti per essere stati essi o i loro antenati cittadini ingenui, era esente anche da questa restrizione.

I coloni di un fondo si perpetuavano sul fondo stesso con i discendenti poichè la condizione di coloro era ereditaria, con i figli nati da un libero con una *adscripticia*, e con le persone di robusta costituzione che fossero colte a mendicare e che erano poste in via di pena in questa condizione. L'aforisma *semel colonus semper colonus* è quasi letteralmente vero. Per un certo tempo fu ritenuto che quegli che fosse nato da un colono ma avesse vissuto per trent'anni libero *de facto* divenisse con ciò *de iure* libero cittadino romano: ma Giustiniano probabilmente per gli interessi dell'agricoltura non volle ammettere che alcuno potesse sfuggire ai vincoli che lo legavano al suolo eccetto il caso che fosse innalzato alla dignità di vescovo dopo aver preso gli ordini con il permesso del padrone.

§ 77.

Abbandono del sistema formulare nella procedura (928).

Il sistema formulare, mercè il rinvio dal pretore al giudice giurato per il giudizio della lite, fu infinitamente utile al diritto; imperocchè la sentenza era opera di un libero e indipendente cittadino non inceppato da precon-

(928) WIEDING *Der Iustinianeische Libellprocess* Vienna 1865. — BETHMANN HOLLWEG *Gesch. d. CP.* 1866 vol. III. — MUTHER (rec. Wieding) nei Krit. VIS

cetti tecnici e scelto dalla piena volontà delle parti tra cui doveva decidere. Ma tale sistema era incompatibile col nuovo ordinamento politico di Diocleziano e Costantino, e non è quindi meraviglia se il primo di essi avvertì i governatori provinciali che eccetto il caso in cui fossero pressati da soverchia mole di affari (o secondo una costituzione posteriore di Giuliano, quando la materia era di poca importanza), dovessero in persona attendere alle cause dal principio alla fine, come già prima usavasi nelle *cognitiones extraordinariae* (§ 72). In casi eccezionali poi la causa veniva rimessa non già a privati cittadini, ma al così detto *iudex pedaneus* probabilmente membro collegiato del tribunale locale che però le parti potevano rifiutare accordandosi nella scelta di un arbitro; per alcun tempo in questi casi si usò ancora della *formula* secondo l'antico sistema. Ma anche questa eccezione fu tolta di mezzo; un decreto dei due figli di Costantino concepito in termini molto energici dichiarò essere le formule fisse una trappola per gl'incauti e ne proibì l'uso in qualunque atto contenzioso e volontario. In conseguenza non solo scomparve ogni distinzione tra i due procedimenti *in iure* e *in iudicio*, ma praticamente scomparve anche ogni distinzione tra le azioni *in ius* e quelle *in factum* e tra le azioni *directae* e le *utiles;* gli interdetti si convertirono in *actiones ex interdicto;* venne creato un tribunale per la revisione delle sentenze; la condanna si fece nella *res* pretesa quando esisteva, in luogo del suo equivalente in danaro; e finalmente l'esecuzione si fece a mezzo di pubblici ufficiali.

A Costantinopoli la giurisdizione delle cause civili spettava al prefetto della città al *praefectus annonae* ed al *vicarius urbi*. Nelle provincie erano investiti delle giurisdizioni i governatori e, con competenza molto limitata, i magistrati municipali e i *defensores civitatum* [ἔκδικος, sorta di sindaci]. I *vicarii* e i prefetti del pretorio agivano in prima istanza solo eccezionalmente, ma questi

---

1867, IX 161 e seg., 329 e seg. — WIEDING nella stessa rivista, 1870, XII 228 e seg. — BEKKER *Aktionen* II cap. 23-24. — BARON *Gesch. d. R. R.* I 448 e seg. — BUONAMICI *Procedura* p. 408 e seg.

ultimi avevano, come l'imperatore, facoltà di citare chicchessia dinanzi al loro tribunale qualunque fosse in realtà il foro competente in quel caso (929). Oltre a questi vi erano molti tribunali privilegiati per cause che è inutile di enumerare. Dai giudici minori vi era appello ai superiori e da questi ancora all'imperatore. I processi erano fatti dal principio alla fine per mezzo di pubblici ufficiali. La *in ius vocatio* delle XII Tavole, cioè la procedura per cui l'attore stesso conduceva il suo avversario innanzi al tribunale, era ormai cosa obsoleta. Già dai primi anni di questo periodo il procedimento cominciava con la *litis denuntiatio*, introdotta da Marco Aurelio e riformata da Costantino; sotto Giustiniano, quantunque probabilmente l'uso ne sorgesse prima del suo regno, si introdusse il così detto *libellus conventionis;* questo consisteva in una breve e precisa istanza che l'attore per iscritto presentava al giudice e nella quale senza entrare in particolari esponeva la natura dell'azione che intendeva di muovere e del diritto che voleva riconosciuto, aggiungendovi formale promessa di stare in causa sino alla sentenza e sotto pena di pagare il doppio delle spese al convenuto. Se il giudice era convinto del fondamento del libello emetteva una *interlocutio* chiamando innanzi a sè il convenuto per mezzo di un ufficiale del tribunale; la citazione era a giorno fisso, e per lo più a due o tre mesi di distanza. — Il convenuto sempre per mezzo dell'usciere dava risposta all'attore (*libellus contradictionis*) e nel tempo stesso prometteva e garantiva di continuare nella difesa e di eseguire, nel caso, la sentenza. Nel giorno stabilito le parti dovevano esperire prima le eccezioni dilatorie, come per esempio la eccezione di incompetenza; se nessuna eccezione era proposta o le proposte erano respinte, le parti cominciavano ad esporre i mezzi di azione e di difesa, finchè ciascuna dava giuramento di essere in buona fede (*iuramentum calunniae*) ed i loro avvocati facevano altrettanto.

Da questo momento che costituiva la *litis contestatio*, la procedura era molto simile a quella in *iudicio* del sistema

(929) WILLEMS *Droit publ. romain* (4.ª ediz.) Paris 1880 p. 620.

formulare. Ma quando la domanda mirava alla restituzione di una data cosa e l'attore esprimeva desiderio di avere la cosa stessa anzi che la rifazione dei danni, l'esecuzione era diretta per mezzo degli ufficiali della legge (*manu militari*). Quando invece la condanna era pecuniaria, d'ordinario spettava al giudice di sequestrare, mediante i suoi dipendenti, tanti oggetti del convenuto quanti si scorgevano sufficienti a soddisfare il creditore (*pignus in causa iudicati captum*); questi erano giudiziariamente venduti se il convenuto ricusava ancora di pagare. La *missio in bona* (p. 385) del periodo classico fu raramente applicata eccetto il caso di insolvibilità.

§ 78.

La legge su le citazioni di Valentiniano (930).

La famosa costituzione di Teodosio II, tutore del fanciullo Valentiniano III, fu emanata da Ravenna e indirizzata al senato romano in questi termini:

Papiniani Paulli Gaii Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus, ita ut Gaium quae Paullum Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius opere recitentur. Eorum quoque scientiam quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus et Scaevolae Sabini Juliani atque Marcelli omniumque quos illi celebrarent, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur potior numerus vincat auctorum vel si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Paulli atque

---

(930) Cod. Theod. I 4, 3. — PUCHTA nel *Rhein. Museum f. Jurispr.* 1832, V 141 e seg., e nei suoi *Verm. Schrift* Leipzig. 1851 p. 284 e seg. — SANIO *Rechtshistor. Abhandl. u. Studien* Könisberg 1845 p. 1 e seg. — KARLOWA *Röm. RG.* I 933. — ROBY *Introduction* p. LXXXIV e seg. [ediz. ital. Firenze 1886 p. 80 e seg. — PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 629 *a* e 639 *v*].

Ulpiani in Papiniani corpus factos, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas quod sequi debeat, eligat moderatio iudicantis.

Questa costituzione è sempre stata riguardata come una prova palese della lamentevole condizione in cui era caduta la giurisprudenza al principio del quinto secolo. Costantino un secolo prima aveva condannato le note di Ulpiano e Paolo su Papiniano. Dopo aver dichiarato come fecero gli ultimi imperatori essere essi i soli autorevoli interpreti del diritto non era irragionevole conseguenza della loro prerogativa il dichiarare che la critica dei due più recenti giuristi, nonostante che avessero goduto del *ius respondendi ex auctoritate principis,* non togliesse nulla all'autorità del loro più eminente predecessore. Non vi era più giurista vivente tale che potesse creare il diritto (*iura condere*), e poichè in conseguenza dovevasi ricorrere agli scritti di coloro che erano già morti era bene che l'uso ne fosse regolato come fece Costantino. La legge di Valentiniano procedè oltre nella istessa via, fece una scelta dei giureconsulti d'altri tempi le opere dei quali dovevano citarsi ad esclusione d'ogni altro: Papiniano, Paolo, Ulpiano, e Modestino; i quattro che avevano formato l'ultimo importante consiglio privilegiato; Gaio (di cui l'autorità era prima limitata alle scuole) che era salito a fama universale benchè non avesse mai posseduto il *ius respondendi;* più tutti quegli antichi giuristi le dottrine (*dicta*) dei quali fossero state da questi cinque accolte (931). Ma essa fece ancora un passo più avanti poichè li dichiarò tutti, eccettuato il solo Papiniano, di eguale autorità ed umiliò la funzione del giudice nella maggior parte dei casi, almeno quando si trattava di una quistione di diritto, ad un puro calcolo matematico, a contare cioè i nomi che ciascuno degli avvocati delle due parti erano riusciti a trovare a sostegno della sua pretesa. È vero che probabilmente dai tempi di Adriano fino

(931) Questo pare il naturale scopo della costituzione; alcuni però credono che essa mirasse a sanzionare la citazione di quei soli frammenti dei più antichi giureconsulti che erano stati tolti da alcuno dei cinque.

ad Alessandro Severo, quando l'imperatore nel suo consiglio aveva da fare un rescritto od un decreto, esso veniva deciso dal voto della maggioranza; ma questo avveniva dopo lunga discussione da ambo le parti e dopo argomenti che dovevano in molti casi modificare le prime impressioni. Ma ben diversa era adesso la cosa perchè si accoglievano i voti di persone morte che non avevano ciascuna udite le ragioni delle altre a sostegno delle rispettive opinioni. Forse questa era necessità dei tempi, per la mancanza assoluta di una vivente giurisprudenza e perchè il genio creatore dei primi secoli dell'impero erasi man mano affievolito e spento.

CAPO SECONDO.

Collezioni giuridiche antegiustinianee.

§ 79.

I Codici ermogeniano e gregoriano (932).

Il primo Codice fu una collezione di rescritti imperiali (con pochi decreti) fatta da un certo Gregoriano in sul finire del terzo secolo, probabilmente ad istigazione di Diocleziano, quantunque la critica non possa stabilire se fosse compilato in Oriente prima od in Occidente. Pare che contenesse quindici o sedici libri suddivisi in titoli e disposti secondo l'ordine dell'Editto. Le opere da cui si è potuto ricavare qualche notizia intorno al contenuto di questo Codice sono anzitutto il Breviario d'Alarico (§ 82), la *Collatio*, i Frammenti Vaticani, e la *Consultatio* (§ 81); inoltre molti rescritti del Codice di Giustiniano furono tratti dal Codice gregoriano senza menzione però della fonte.

La collezione di Ermogeniano ha l'apparenza di supplemento al Codice più antico, è ordinato soltanto in titoli, e poichè l'ultima costituzione che vi si trova è dell'anno 365 è probabile che sia stata pubblicata intorno a quel tempo. Questi due Codici, opera di privati, furono legalmente riconosciuti da Teodosio e Valentiano con il decreto che ordinava la preparazione di una nuova collezione di leggi edittali; per il modo con cui Giustiniano parla di essi vi è ragione a credere che nei tribunali avessero autorità di legge a tale da togliere efficacia ai rescritti non compresi in essi. L'Haenel *iunior* pubblicò il Codice grego-

---

(932) HUSCHKE *Ueber den Gregorianus u. Hermogenianus Codex* nella Z. f. RG. 1867, VI 283 e seg. — KARLOWA *Röm. RG.* I 940 e seg., 959 e seg.

riano e l'ermogeniano, raccogliendo dell'uno settanta e dell'altro trenta costituzioni circa nel *Corpus iuris romani anteiustinianei* (Bonn 1837). Ma gli è chiaro che codeste cento costituzioni sono una minima parte dei codici antichi, perchè nel Codice giustinianeo si contano da 1200 a 1300 rescritti di Diocleziano e di Massimiliano soltanto, i quali certamente furono tolti dalle collezioni di Gregoriano e di Ermogeniano. Pare poi che questi Codici fossero oggetto di studio nella scuola di diritto di Berito anche nei primi anni del regno di Giustiniano, poichè tra le chiose dei Basilici (§ 89) si conservano alcuni commenti fatti su essi da Eudosio e Patricio che insegnavano colà.

§ 80.

Il Codice teodosiano e le Novelle post-teodosiane (933).

Tre anni dopo la promulgazione della legge sulle citazioni (§ 78), Teodosio nominò una commissione di nove membri per studiare la compilazione di un corpo di diritto che se fosse stato recato ad effetto avrebbe reso inutile quello di Giustiniano. In una costituzione pubblicata qualche tempo dopo, egli espone i motivi che lo indussero a ciò, motivi che si riassumono nelle deplorevoli condizioni della giurisprudenza attuale e nella scarsità di persone che attratte anche dalla certezza di molti vantaggi dessero opera al diritto in guisa da conoscerlo in ogni sua parte. Questi inconvenienti Teodosio li ascriveva in genere al gran numero dei libri e di leggi ove era diffuso il diritto positivo a tale che riusciva impossibile ad ognuno di conoscerlo a fondo e di abbracciarlo interamente. Teodosio pertanto volle compilare un sol codice con i materiali tratti dalle opere dei giureconsulti dai Codici gregoriano ed ermogeniano e dalle leggi edittali emanate dal tempo di Costantino in poi. Dalle sue parole poi appare come fosse sua inten-

(933) Vedi KARLOWA *Röm. RG.* I 943 e seg., 960 e seg.

zione che il Codice venisse con tutta la diligenza possibile redatto in modo da costituire una fonte completa di tutto il diritto vigente per sostituire tutte le altre fonti legislative e scientifiche.

L'esecuzione del suo progetto doveva cominciare con la collezione degli editti; questa parte doveva contenere tutte le leggi non abrogate da qualche disposizione più recente, benchè cadute per avventura in desuetudine. Non si sa per qual ragione, al decreto non tenne dietro la esecuzione; nel 425 fu nominata una nuova commissione per la collezione degli editti ma senza far parola, non è chiaro il perchè, di alcun lavoro ulteriore. Dopo tre anni, spesi nella sua compilazione, il Codice degli editti fu pubblicato (a. 438) e ne fu rimessa la efficacia al primo gennaio dell'anno seguente; intanto ne venne mandata una copia all'imperatore Valentiniano, il quale ordinò che dal 12 gennaio dello stesso anno entrasse in vigore anche nell'impero d'Occidente.

Il Codice teodosiano è diviso in sedici libri; ogni libro è diviso in titoli nei quali le costituzioni sono disposte in ordine cronologico. Tutto il diritto privato e pubblico, civile e criminale, fiscale e municipale, laico ed ecclesiastico, vi è condensato. Il diritto privato è nei primi cinque libri, e di questi fino al secolo presente quel tanto solo èra conosciuto che si trova nella *Lex Romana Visigothorum*, mentre gli ultimi otto libri fin dal 1550 erano stati tratti da un manoscritto del Codice stesso e per cura del Dutillet integralmente pubblicati; qualche anno più tardi il Cuiacio scoprì il sesto il settimo e l'ottavo libro in altro manoscritto e ne curò la stampa. Sopra questo Codice così ricostituito Gotofredo scrisse i suoi sei libri di Commentarii, opera stupenda per condotta e per erudizione che ha ancor oggi la più alta importanza come illustrazione del diritto pubblico e dell'amministrazione di quel periodo. Ma dal 1820 al 1840 vennero scoperte per opera di Amedeo Peyron, di Baudi di Vesme, del cardinal Mai, del Glossio e dell'Haenel, alcune costituzioni per la maggior parte in palinsesti della Biblioteca Universitaria di Torino; e tutte vennero incorporate nell'edizione del Codice che fa parte del *Corpus juris ro-*

mani anteiust. (934), edito a Bonn per cura dell'Haenel stesso. Tuttavia il testo non è completo e circa 450 costituzioni dei primi cinque libri, secondo il parere dell'Haenel, sono andate perdute.

Le costituzioni imperiali promulgate dopo la pubblicazione del Codice teodosiano ricevettero il nome di Novelle (*novellae constitutiones*); furono in gran copia emesse in ambedue gli imperi e per un certo tempo comunicate da un imperatore all'altro. La prima Novella di cui avvanzi certa memoria fu da Teodosio mandata a Valentiniano nel 417 e comprese un considerevole numero di costituzioni. Dopo di lui Marciano seguì, a quanto pare, il suo esempio finchè Valentiniano fu vivo, ma Leo concesse i suoi favori solo ad Antemio. È probabile che anche Valentiniano comunicasse le sue costituzioni a Teodosio e Marciano, ma non sembra che quest'uso sia stato seguito dai suoi successori quantunque gran numero di Novelle fosse pubblicato anche nell'impero d'occidente da Massimo Maiorano Severo e Antonio: ma è certo però che se anche comunicate non furono adottate nell'impero d'Oriente, perchè non se ne trova traccia nel Codice di Giustiniano. Esse sono pervenute sino a noi parte in manoscritti e parte (abbreviate però) nel Breviario e sono pubblicate, siccome nell'edizione dell'Haenel, in appendice al Codice teodosiano.

§ 81.

La « Collatio », i Frammenti Vaticani, e la « Consultatio ».

Queste tre erano collezioni private e non ufficiali: 1) La prima, cioè la *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum*, altrimenti detta *Lex Dei quam Dominus prae-*

(934) *Codex Theodosianus. Ad LIV libror manuscriptor. et prior. edition. fidem recognovit et annot. crit. instruxit* GUST. HAENEL Bonn 1842. — Il KRÜGER nel 1868-69 e nel 1878 preparò un fac simile del palinsesto torinese che fu

cepit ad Moysen (935), è un parallelo tra il diritto divino e l'umano, il primo tratto dal Pentateuco e il secondo dalle opere di Gaio, Papiniano, Paolo, Ulpiano e Modestino, dai rescritti raccolti da Gregorio e da Ermogeniano e da poche generali costituzioni di data posteriore. Fu scritta probabilmente verso il 390, ma l'autore ne è ignoto. Fu per la prima volta edita da P. Pithou nel 1573 e molte altre volte più tardi pubblicata, ma la edizione critica più autorevole è quella del Bluhme (Bonn 1833); l'ultima edizione è dell'Huschke nella sua *Jurisprudentia anteiustinianea.* — 2) I *Fragmenta Vaticana* furono scoperti da Angelo Mai nel 1820 in un palinsesto del Vaticano. Come fosse intitolato il libro al quale in origine appartennero è impossibile dire; ma appare evidente che fosse un manuale pratico, compilato nell'impero d'Occidente e di considerevoli dimensioni. I frammenti che ci restano, trattano del diritto di vendita, di usufrutto, della dote, delle donazioni, della tutela, e della procedura. Essi sono ricavati dagli scritti di Papiniano Ulpiano e Paolo, dalle due collezioni di rescritti, e da pochi altri decreti l'ultimo dei quali data dall'anno 372. La compilazione dell'opera è forse antica quanto la *Collatio*, benchè il Mommsen propenda a crederla del tempo di Costantino ritenendo che la costituzione datata dal 372 sia stata introdotta da altri molto più tardi. Sono stampati nella collezione del diritto antegiustinianeo dell'Huschke, ma la edizione più autorevole è quella del Mommsen presentata insieme con un fac simile del manoscritto all'Accademia di Berlino nel 1850 (936). — 3) La *Consultatio* (*veteris cuiusdam iurisconsulti consul-*

edito negli Atti della Reale Accademia di Berlino nel 1879. Promise una nuova edizione di esso per il terzo volume della *Collectio libror. iuris anteiustinianei* pubblicata da lui dal Mommsen e dallo Studemund.

(935) Vedi un articolo dell'HUSCHKE nella Z. f. gesch. RW. 1846, XIII 1 e seg. — e DIRKSEN *Hinterlass. Schriften* Leipzig 1871, II 100 e seg. — RUDORFF negli Abhandl. d. K. Academie d. Wissensch. zu Berlin 1868 p. 265 e seguito.

(936) Il testo fu ristampato in un volumetto a Bonn nel 1861 e nella collezione di autori greci e latini del Weidmann.

tatio (937)) fu per la prima volta pubblicata dal Cuiacio nel 1577 il quale la trasse da un manoscritto ora perduto che gli era pervenuto dal suo amico Antonio Loysel. Pare che facesse parte di una collezione di responsi su questioni di diritto sottoposte alla risoluzione del consiglio imperiale, ed è prezioso per i fragmenti che vi si contengono delle Sentenze di Paolo e dei tre Codici. Si crede che fosse scritta in Francia in sul finire del quinto o sull'inizio del sesto secolo.

§ 82.

I Codici romano-barbarici.

Questo titolo designa in genere tre collezioni compilate nell'impero d'occidente quando già era caduta la sovranità di Roma. Essi sono:

1) L'*Edictum Theodorici* compilato, per iniziativa di Teodorico re degli Ostrogoti durante la sua residenza in Roma nell'anno 500, su le opere dei giuristi e principalmente su le Sentenze di Paolo, sui Codici gregoriano ermogeniano e teodosiano, e su le più recenti Novelle. Il tutto è diviso in 154 capitoli senza ordine sistematico; che abbracciano tutti i rami del diritto pubblico e privato, ma specialmente il diritto criminale e la procedura. Secondo il proposito dichiarato del promulgatore doveva essere applicato tanto ai Goti quanto ai Romani, ma gli storici ammettono oggi quasi tutti che questo proposito non fosso mai pienamente realizzato e che in certe parti, come per esempio nel diritto di famiglia, la consuetudine dei Goti trionfasse (938).

---

(937) Vedi RUDORFF *Ueber d. Entstehung d. Consultatio* nella Z. f. gesch. RW. 1846, XIII 50 e seg. — HUSCHKE *Jurispr. Anteiustin.* p. 797 e seg.

(938) Vedi SAVIGNY *Gesch. d. R. R.* III 72 e seg. — GLOEDEN *Das Röm. Recht in Ostgothischen Reiche* Jena 1843. — STOBBE *Gesch. der deutsch. Rechtsquellen* Leipzig 1860-64, I 94 e seg. — Il testo fu pubblicato la prima volta nel 1579 da un ms. del PITHOU in appendice ai *Variarum Libri XII di Cassiodoro* ed in più collezioni delle *Leges Barbarorum.* — L'edizione in

2) Molto più aristocratica ed importante, la *Lex Romana Visigothorum* venne compilata per incarico di Alarico II re dei Goti Occidentali con l'approvazione dei vescovi e dei nobili. Fu pubblicata ad Aire in Guascogna nell'anno 506, e l'originale fu deposto nel tesoro mentre altre copie confrontate accuratamente furono mandate a tutti i grandi ufficiali del regno con l'obbligo di non permettere che si facesse uso d'altra legge nella loro giurisdizione, pena la morte. I compilatori, secondo l'ordine ricevuto tolsero i materiali parte dalle *leges* e parte dal *ius* (giurisprudenza), accogliendo ciò che credevano più opportuno senza alterare il testo salvo che per omettere la parte puramente storica o caduta in desuetudine. Quanto alle *leges* essi ne trassèro 400 dalle 3400 costituzioni che, secondo il calcolo dell'Haenel si trovavano nel Codice teodosiano e 30 circa dalle 104 Novelle conosciute post-teodosiane; quanto al *ius* si servirono delle Institute di Gaio, delle Sentenze di Paolo, delle collezioni ermogeniana e gregoriana di rescritti; una sola Sentenza tolsero dal primo libro dei Responsi di Papiniano. Questi frammenti, non però quelli di Gaio, furono accompagnati da una interpretazione molto simile all'*interpretatio* delle XII Tavole in ciò che spesso non serve a chiarire il testo ma ad ampliarlo e correggerlo. Gaio è riassunto in due libri, che paiono essere la riproduzione di un sunto scritto verso il principio del quinto secolo e molto divulgato in quel tempo. Questo *Breviarium* ha esercitata una considerevole influenza su tutta l'Europa in generale: se ne trovano traccie infatti nella legge Salica, nei Capitolari e nelle collezioni di formule del primitivo Medio Evo. Certamente, prima che si aprisse la scuola di Bologna nel secolo decimo secondo, da esso più che dai libri di Giustiniano l'Europa occidentale traeva la sua scarsa conoscenza del Diritto romano (939).

PERTZ *Monum. Germ. hist. Leges* V., fu curata dal BLUHME. L'ultima edizione a parte è quella del RHON *Comment. ad Edict. Theodorici* Halle 1816.

(939) Vedi SAVIGNY *l. c.* II 37 e seg. — HAENEL *Prolegomena.* — STOBBE *op. cit.* I 65 e seg. — KARLOWA *Röm. RG.* I 976 e seg. — Il *Breviarium* fu pubblicato per intero la prima volta dal SICHARD a Basilea 1528, ma la edi-

3) La *Lex Romana Burgundionum* fu da principio chiamata per un errore di trascrizione *Papianus*. È questa la collezione che il re Gundobaldo, pubblicando nel 501 il suo codice di leggi indigene (*lex Burgundionum* o *Gundobada*), aveva promesso di compilare per i suoi sudditi romani. È di incerta data non apparendo se fosse promulgata da lui o dal figlio Sigismondo. Per varii passi che vi si trovano e assomigliano perfettamente ad alcuni della interpretazione del Breviario, alcuni moderni giuristi pensano che essa sia posteriore al 506, ma è possibilissimo che i compilatori dell'una e dell'altra collezione, togliessero codeste interpretazioni da una comune fonte più antica. Il Codice Romano-Burgundo tratta del diritto privato, del diritto criminale, della procedura giudiziaria, ed è diviso in quarantasei titoli ordinati in gran parte secondo l'ordine del Gundobada del quale vi sono pochi frammenti. Le fonti romane sono le stesse del Breviario; le autorità della giurisprudenza accolte e sfruttate sono Gaio e Paolo, questo nelle Sentenze quello bene spesso in libri diversi dalle sue Istituzioni. Quanto alla forma esso non è come il Breviario o il Codice e il Digesto di Giustiano una collezione di fragmenti ma una consecutiva ed omogenea compilazione, qualche cosa di mezzo tra un libro di testo e un codice, con citazioni puramente occasionali delle fonti dello scrittore, ad esempio: *secundum legem Theodosiani lib. IX*, *secundum legem Novellam*, *secundum Pauli sententiam*, ecc. (940).

---

zione di maggior pregio è quella dell'Haenel *Lex Rom. Visigothorum ad LXXII libror. manuscriptorum fidem recognita* Berlino 1843.

(940) Vedi la prefazione di Barckow *Lex Romana Burgundionum* Greifswald 1824. — Savigny *op. cit.* II 9 e seg. e VII 30 e seg. (con le aggiunte del Merkel). — Bluhme *Ueber den burgundischen Papianus* in Bekker e Muther *Jahrb. des gem. Rechts* 1858, II 197 e seg. — Karlowa *Röm. RG.* I 987 e seg. — La prima edizione è del Cuiacio nel 1566; la migliore è quella del Bluhme nei *Monumenta* del Pertz (1863, III 505, *Leges*).

§ 83.

Collezioni orientali.

Pochi anni or sono fu rinvenuto in un convento del monte Sinai un fastello di fogli di papiro che sembravano contenere parte di un trattato sul diritto greco-romano. Il loro scopritore, dott. Bernardakis, ne trascrisse una copia che mandò al Dareste a Parigi, il quale le pubblicò nel 1880. Da allora ne furono pubblicate altre edizioni dallo Zachariae v. Lingenthal dall'Alibrandi e dal Krüger; forse permettono una migliore ricostruzione per mezzo di una nuova revisione e, possibilmente, di una fotografica riproduzione dell'originale. Questi frammenti formavano parte di un commentario sull'opera di Ulpiano *ad Sabinum* scritto dopo il Codice teodosiano, ma prima di quello di Giustiniano, e quindi tra il 439 e il 529. Sembra che avesse scopo educativo anzichè pratico, e in esso l'autore che fu forse della scuola di Berito fa uso non solo del Codice teodosiano ma anche del gregoriano ed ermogeniano e specialmente di quest'ultimo; come osserva il Krüger, deve essere stato di ben maggiori proporzioni; fra i giuristi poi a cui si riferisce vi sono Marciano Fiorentino Paolo e Modestino. Questi papiri hanno gettato nuova luce sopra alcune questioni storiche, ed è possibile che si possa trarre da essi maggior partito ancora (941).

Sotto il titolo di *Leges Costantini Theodosii et Leonis* si conservano nel Museo Siriaco Arabico e Armeno, nel Museo Britannico, nella biblioteca Bodleiana e Nazionali e Reali di Parigi Berlino e Pietroburgo manoscritti di una collezione del diritto greco-romano dell'anno circa 476 che fu recentemente pubblicata dal Bruns e dal Sachau sotto il titolo di: *Syrish-Römisches Rechts-*

---

(941) Vedi DARESTE nella *Nouv. Rev. hist.* 1880, IV 643. — ALIBRANDI negli *Studi e documenti di Storia e diritto* 1882, III 30 e seg. — KRÜGER nella *Z. d. Sav. Stift.* N. S. 1883, IV I e seg. — KARLOWA *Röm. RG.* I 958 e seg.

buch (942). È opinione del Bruns che l'originale da cui furono tratte le diverse versioni fosse greco, benchè non ne rimanga traccia; questo, sempre secondo il Bruns, sarebbe stato compilato nella Siria stessa. Come fonte di diritto romano questa raccolta non ha valore alcuno e sebbene sia interessante per ciò che ci mostra come non ostante tutti gli sforzi della legislazione il diritto si corrompesse e decadesse nelle provincie per la miscela delle consuetudini locali e non poco anche per l'ignoranza dei giuristi, non aggiunge però nulla affatto a ciò che della pura dottrina romana si conosce.

---

(942) *Syrisch-Römiches Rechtsbuch aus dem fünften Jahrhundert... herausgegeben, ubersetst und erlautert* von Dr. K. G. Bruns *und* Dr. E. Sachau Leipzig 1880. — Vedi la recensione fattane dal Bluntschli nei Krit. VIS f. Rechtswissensch. N. S. 1880, III 548 e seg. — Karlowa *Röm RG.* I 987 e seg. — Una versione siriaca, tolta da un ms. del British Museum di Londra, fu pubblicata con la versione latina dal teologo ed orientalista olandese Dr. Land nei suoi *Anecdota Syriaca* Leyda 1862; ma non incontrò molto favore mancando l'editore di cognizioni giuridiche; il Bruns ed il Sachau ne intrapresero la ristampa per consiglio ed a spese della Accademia di Berlino. Il Von Hube, Z. d. Sav. Stift. N. S. III 17 e seg., dà conto di una versione georgiana dei testi giuridici fatta nel secolo XVII e quindi tradotta in russo negli anni 1813 e 1823.

CAPO TERZO.

Il Diritto giustinianeo.

§ 84.

Collezioni di Giustiniano e sua legislazione.

« FLAVIVS ANICIVS JVSTINIANVS soprannominato il Grande, il più famoso di tutti gli imperatori d'Oriente, era barbaro di origine per essere nato in luogo detto Tauresio nel distretto della Dardania, regione dell'Illirico, probabilissimamente l'11 maggio 483. Dai nomi che i suoi congiunti portavano si congetturò che la famiglia di lui fosse di razza teutonica o slava; e quest'ultima pare essere l'opinione più prossima al vero. Il suo nome originario era Upravda; il nome romano Giustiniano lo prese dallo zio Giustino che lo adottò ed al quale fu debitore della sua condizione. Della sua età giovanile nulla si conosce; solo si sa che venne ancor giovane a Costantinopoli, dove ricevette una eccellente educazione. Senza dubbio conobbe il latino prima del greco perchè dicono i contemporanei che parlava sempre greco con accento straniero. Quando Giustino salì al trono nel 518 d. C., Giustiniano divenne tosto persona di grandissima importanza; guidò, specialmente nei rapporti con la Chiesa, la politica dello zio, vecchio senza figli ed ignorante, da cui ebbe le supreme cariche; perciò cominciò ben presto ad essere designato come suo successore, ed alla morte di Giustino nel 527 insieme al quale da alcuni mesi regnava, salì senza opposizione al trono » (943).

Dei suoi grandi progetti niuno ebbe tanto successo come

(943) BRYCE *Justinian* nella *Encyclopaedia Britannica*, XIII 792 e seg. — Per maggiori particolari intorno alla vita ed al regno di Giustiniano si ricorra al Gibbon.

quello di fare una collezione ufficiale di tutto il diritto. Volendo condurre a termine una riforma più audace di quella che Teodosio si era prefissa senza riuscirvi (§ 80), cominciò, sei mesi dopo la morte dello zio, a nominare una commissione per preparare la collezione delle leggi. Questa fu pubblicata nell'aprile del 529, e ad essa seguirono in breve tempo le sue cinquanta decisioni (529-532), le sue Institute (21 novembre 533), il suo Digesto (raccolta dei fragmenti delle opere dei giuristi) e una nuova edizione riveduta del Codice con le costituzioni da lui stesso emanate fino al 16 novembre 534. Da questo tempo in poi fino alla sua morte seguì una serie di nuove costituzioni (*novellae constitutiones*) che non furono mai ufficialmente raccolte, e di cui molte sono probabilmente andate perdute.

Il primo accenno al suo progetto si ha in una costituzione indirizzata al Senato e datata dal 13 febbraio 528[944]. Vi è ragione di credere che avesse allora di già formato il progetto di tutte le collezioni che poi condusse ad effetto e forse ebbe anche in vista una eventuale generale codificazione, nel moderno senso della parola. Ma in questa costituzione non si accenna ad altro che ad una collezione di leggi, collezione la quale si doveva formare con quello che dai Codici gregoriano, ermogeniano e teodosiano appariva degno di essere riportato, e con le ultime costituzioni dei suoi imperiali predecessori. Avvertì il Senato come per la esecuzione di questo progetto avesse nominato una commissione di dieci membri per la maggior parte ministri di Stato eccetto Teofilo professore a Costantinopoli, e due distinti avvocati. Costoro ebbero incarico di rifiutare tutte le leggi cadute in disuso e quelle che essi credessero di nessun valore pratico, e furono autorizzati ad abbreviare le altre e correggerne la dicitura quando lo riputassero opportuno. L'opera fu completa in meno di un anno e ufficialmente sanzionata sotto il nome di *Codex justinianeus* da una costituzione del 7 aprile 529

(944) La Const. *Haec quae necessario*, che forma la prima prefazione al Codice.

indirizzata a Menna, uno dei prefetti del pretorio (945). In essa l'imperatore dichiarava che il nuovo Codice doveva ritenersi per tutto l'impero come unica collezione ufficiale di leggi e vietava che si citassero le collezioni anteriori; inoltre stabiliva che anche i decreti da lui conservati, benchè per essere stati indirizzati a privati fossero considerati sin qui come semplici rescritti, dovessero d'allora in poi acquistare la forza di *leges edictales*. Le leggi poi della repubblica ed i senatoconsulti dei primi secoli dell'impero, già da lungo tempo avevano cessato di essere citati come fonti di diritto ed erano riconosciuti solo in quanto erano incorporati nelle opere dei giureconsulti; cioè considerati piuttosto parte del *ius* della giurisprudenza che delle *leges*.

A questo diritto della giurisprudenza (*vetus ius*) Giustiniano volse subito dopo la sua attenzione; nonostante la legge sulle citazioni di Valentiniano (§ 76) aveva esso ancora troppo grande mole e poca omogeneità, lasciando anche molto a desiderare quanto a certezza; sembrò pertanto utile all'imperatore di vagliarlo e ridurlo a più comode proporzioni.

Questo disegno fu caldeggiato, se pure non fu interamente suggerito, da Triboniano che era divenuto questore del Palazzo; il suo nome sarà sempre associato a quello di Giustiniano perchè egli fu l'anima di queste riforme del diritto. Probabilmente Triboniano stesso è l'autore della costituzione a lui stesso intitolata (946) in cui era prefisso il piano della nuova opera. Sotto il nome di *Digesto* o *Pandectae* dovevansi raccogliere tanti frammenti degli antichi giureconsulti riconosciuti dai precedenti imperatori (947), quanti erano necessarii a formare un com-

(945) Const. *Summa rei publicae,* che è la 2ª prefazione del Codice.

(946) Const. *Deo auctore,* del 15 dicembre 530, nella prefazione del Digesto. Vedi anche Cod. I 17, 1.

(947) Const. *cit.* § 4: *Antiquorum prudentium quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi Principes praebuerunt.* Queste parole alludono non soltanto ai giureconsulti che godevano del *ius respondendi ex auctoritate principis* (vedi *supra,* § 59) ma ai non privilegiati come Gaio gli scritti dei quali godevano della sanzione imperiale in virtù della legge di Citazione (§ 76).

pleto sistema del diritto, non contenuto nelle ultime collezioni di leggi, seguendo l'ordine dell'editto di Giuliano; l'opera intera doveva essere divisa in cinquanta libri e ciascun libro in titoli. Triboniano ebbe facoltà di valersi per la esecuzione di questo progetto dell'aiuto di persone di sua elezione; inoltre gli si riconobbe piena libertà nella scelta e disposizione dei materiali, con il solo obbligo, per mostrare di avere strettamente seguìto il piano proposto, di porre in testa ad ogni frammento, il nome dell'autore e l'opera particolare a cui apparteneva. La legge di Valentiniano aveva proibito ogni citazione delle note di Paolo e di Ulpiano su Papiniano, e dichiarato che l'opinione di quest'ultimo dovesse prevalere tra i giuristi quando la maggioranza non stesse contro di lui; i compilatori del Digesto furono sciolti da questo legame e si lasciò al loro criterio di scegliere fra i *dicta* discordi il migliore. Ancora fu data loro facoltà di omettere le frasi superflue e ridondanti, di modificare espressioni ed anche di interpolare parole o frasi dove lo credessero necessario: imperocchè l'imperatore non mirava a pubblicare un riassunto storico del diritto, ma ad esporre il sistema del diritto vigente per togliere ogni controversia e per farne una legge definitiva per tutto l'impero.

Sedici furono i colleghi di Triboniano scelti a suoi cooperatori; quattro professori di diritto ed undici membri del foro. Anche prima di por mano all'opera, Triboniano aveva compreso che molti punti controversi del diritto potevano soltanto essere decisi dall'autorità imperiale; quando l'opera fu cominciata e mano mano che essa progredì questi punti aumentarono di numero; si ricorse quindi all'imperatore che decise le controversie con una serie di decreti pubblicati dal 529 al 532 che ricevettero il nome di *Quinquaginta decisiones* (948) e che a quanto pare formavano una collezione a parte prima di venire incorporate nella seconda edizione del Codice (949).

---

(948) Just. *Inst.* I 5, 3: *Nostras constitutiones, per quas suggerente nobis Triboniano... antiqui iuris altercationes placavimus.*

(949) *Sicut libro L constitutionum invenies* (nella Glossa torinese alle Institute apud SAVIGNY *Gesch. d. RR.* II 452).

Quando il Digesto fu presso che compiuto si imprese un'altra opera accennata già nella costituzione « *Deo auctore* » (950); voglio dire il piccolo trattato per gli studenti tanto noto sotto nome di *Justiniani Institutiones;* ne fu affidata la compilazione a Triboniano Teofilo e Doroteo, ma pare che vi attendessero soltanto questi due ultimi che erano professori rispettivamente a Costantinopoli ed a Berito; dovevano servire loro di guida, secondo le istruzioni dell'imperatore, le Institute di Gaio che da gran tempo servivano nelle scuole come testo approvato. Molta maggior libertà fu lasciata loro che non ai compilatori del Digesto; avevano mandato di tralasciare tutto ciò che era antiquato e di introdurre ciò che a loro avviso fosse necessario per fare del piccolo libro un fedele sebbene elementare trattato del diritto giustinianeo. In questo modo tutti i particolari che si trovavano nelle Istituzioni di Gaio e che al tempo di Giustiniano non avevano soltanto storica importanza, furono omessi, salvo qualche breve accenno qua e là; alcune regole e definizioni furono tolte dai *Libri VII rerum quotidianarum* di Gaio, dalle opere elementari di Marciano, Ulpiano, Florentino, e di altri giuristi classici; e finalmente nuovo materiale fu tratto in gran quantità dalla legislazione degli ultimi imperatori. Tra questi però si pone in speciale rilievo l'opera di Giustiniano; il che torna a svantaggio del libro di cui l'imperatore stesso si fa relatore; nè è punto aggradevole il vederselo sempre davanti a mostrare la sua sapienza umanità beneficenza e far confronti a tutto suo profitto con i suoi predecessori.

Le Institute furono pubblicate il 21 novembre 533 e ad esse nello stesso anno tennero dietro le Pandette pubblicate il 16 dicembre. Tre costituzioni che portano codesta data, ne annunziarono il compimento; la prima conosciuta sotto il nome di *Tanta,* indirizzata al Senato e al mondo, sanziona l'opera; la seconda sotto il nome di Δέδωκεν è in sostanza la versione greca della prima; la terza, *Omnem rei publicae,* è dedicata specialmente ai professori

---

(950) Const. *cit.* § 11. — Vedi anche Const. *Tanta* § 11 (nella prefazione al Dig. ed in Cod. I 17, 2) e *pr. Inst.*

nelle scuole di diritto (951). — Tre anni erano stati sufficienti a ridurre ad un ventesimo circa l'intera massa dell'antica giurisprudenza (*ius vetus*). Per agevolare l'opera i commissarii si erano divisi il lavoro costituendosi in tre sezioni a ciascuna delle quali fu assegnata una categoria particolare di libri: alla prima quelli fondati sul *ius civile*, alla seconda quelli che riguardavano il *ius honorarium*, e alla terza tutti gli altri non appartenenti nè all'una nè all'altra categoria (952). L'opera poi delle singole sezioni sembra essere stata sottoposta alla intera commissione o a un comitato di revisione che distribuì il materiale nelle rubriche apposite e che tolse le superfluità più evidenti (953), rimosse non poche contraddizioni (954), determinò l'espressioni ambigue e interpolò parole in modo da adattare i testi alle mutate condizioni del diritto (955). Il tutto fu poi diviso in sette parti e in cinquanta libri: la prima partizione fu fatta apparentemente per regolare lo studio del diritto nelle scuole (956); la partizione in libri non era che l'esecuzione delle istruzioni dell'imperatore contenute nel *Deo auctore* e fu fatta

---

(951) Tutte e tre sono stampate in fronte al Digesto; la *Tanta* anche in Cod. I 17, 2.

(952) Il Bluhme, per la intima evidenza scoprì il *modus operandi* dei commissarii spiegando la disposizione che appariva confusa degli estratti di ciascun titolo. Il suo lavoro è nella Z. f. gesch. RW. 1820, IV 257 e seg. — Una relazione dei risultati cui egli giunse vedi in Roby *Introduction* p. XLVI e seg. [ediz. ital. p. 40 e seg.].

(953) Tutto ciò corrispondeva alle istruzioni contenute nella Const. *Deo auctore* § 7-10.

(954) Giustiniano, nella Const. *Tanta* § 15, nega che alcuna contraddizione si trovi nel Digesto; ma non pochi passi tutta la abilità dei giureconsulti moderni non valse a conciliarli.

(955) Tali alterazioni e interpolazioni sono spesso dette *emblemata Triboniani.* Non soltanto per alcuni frammenti del Digesto possiamo giudicare del rimaneggiamento degli antichi testi, ma con il paragone di quei passi presumibilmente conservati nella versione originale dei Frammenti Vaticani e di cui il confronto, molto utile, è fatto dal Roby *Introduction* cap. V [trad. ital. p. 55-78].

(956) In questa divisione vedi Giustiniano stesso nella Costit. *Tanta* e Δέδωκεν § 2-8. — Eyssenhardt *Justinians Digesten nach Drittheilen, Partes, Büchern, Titeln und Fragmenten* Leipzig 1845 p. 44 e seg. — Roby *Introd.* p. XXIX e seg. [trad. ital. p. 18-54]

benchè portasse a qualche incongruenza di ordinamento (957). Ciascun libro, eccettuato i tre che comprendono la materia dei legati, è ripartito in un numero più o meno grande di titoli ciascuno dei quali contiene più leggi o frammenti; alcuni di questi hanno pochissime parole per servire soltanto di connessione tra il frammento che precede e quello che segue, altri invece occupano due o tre pagine, e tutti, eccetto i più brevi, sono suddivisi in paragrafi (958). Ciascuna legge o per dir meglio ciascun frammento è un brano di qualche opera d'antico giureconsulto, la quale viene invariabilmente citata nel principio, secondo le istruzioni di Giustiniano (959). La natura dei libri che vennero sfruttati fu già altrove (§§ 61-64) indicata, quando si fece parola dell'attività letteraria dei giuristi nei primi tempi dell'impero; i frammenti riportati sono numerosi, ma tutti dovuti a soli trentanove scrittori. Il primo di questi in ordine cronologico è Quinto Muzio Scevola (§ 50) da non confondere con Q. Cervidio Scevola (§ 62), ed è l'unico giureconsulto della repubblica delle opere del quale si abbiano passi originali. I due ultimi sono Ermogeniano ed Arcadio Carisio (§ 64) che si credono vissuti verso la metà del quarto secolo dopo Cristo. Ma lo scrittore da cui fu tolta maggior copia di materiali è Ulpiano i frammenti del quale (per lo più del commento all'editto) formano quasi un terzo del Digesto. Dopo Ulpiano, Paolo è più largamente sfruttato ed occupa un sesto circa del Digesto; prossimi a questi per importanza in ciò che riguarda la contribuzione diretta di frammenti vengono rispettivamente Papiniano, Giuliano, Pomponio, Q. Cervidio Scevola, Gaio e Modestino (960).

(957) Per accrescere il quinto, la materia dei legati fu divisa in tre libri (XXX-XXXII) spesso citati *de legatis* 1, 2 e 3; nessuno di questi è suddiviso in titoli.

(958) Ciò spiega l'attuale modo di citare: Dig. XI 7, 8, 3 — qualche volta; fr. 8, 3 Dig. *de religiosis* XI 7.

(959) Come nel passo riferito nella nota precedente, *Ulpianus libro XXV ad edictum*.

(960) L'Hommel *Palingenesia librorum iuris veterum* Leipzig 1767 dispose i frammenti dei vari autori secondo l'ordine delle opere loro e dal numero delle pagine che occupano nella *Palingenesia* si fa la proporzione dei contributi di ciascun giurista al Digesto.

Incomprensibile a primo aspetto e da un punto di vista odierno per nulla soddisfacente è l'ordine con cui libri e titoli sono distribuiti nel Digesto; non formano una sistematica esposizione dei diritti individuali o del diritto in genere, ma seguono l'ordine dei mezzi giudiziarii e pretorii per la protezione e rivendicazione dei diritti stessi. Quanto al metodo, esso è in sostanza secondo le intenzioni di Giustiniano quello adoperato da Giuliano per la riforma dell'Editto (p. 320 e seg.), nè era affatto privo di vantaggi per quelli che dovevano usare del Digesto. Oggi però si rimane meravigliati trovando per esempio nel libro II la materia dei patti e delle convenzioni e quella dei contratti reali e consensuali nei libri XII-XIX quando le stipulazioni non si rinvengono che nel XLV libro; o scorgendo la proprietà svolta in parte nel VI libro e in parte nel XLI; le incapacità dei minori studiate nel II libro e la tutela solo nel XXVI e XXVII. Ciò però ha la sua spiegazione storica (961). — Anche l'ordine con cui si succedono i frammenti in uno stesso titolo sembrava strano ed incomprensibile prima che ne venisse data la ragione dal Bluhme (p. 415 n. 952), perchè in molti titoli il medesimo soggetto sembra trattato due e spesso fino a tre volte così che si propende a lamentare la poca accuratezza della compilazione e più della revisione. Ma Triboniano mirava a far presto come lo prova il fatto che si volle che il Digesto entrasse in vigore per tutto l'impero appena quindici giorni dopo la sua promulgazione. Per risparmiare tempo la materia di ciascun titolo fu accolta quasi sempre come l'aveva disposta ciascuna delle

---

(961) Vedi Roby *Introduction* p. XXXI-XLVI [trad. ital. p. 18-54]. Egli osserva (p. XXXIII [trad. ital. p. 23]): «Il Digesto è un manuale per gli avvocati non un trattato sistematico ad uso degli studenti; determina quali debbano essere i giudici quali gli attori e come questi possano costringere i convenuti a comparire in giudizio; quali siano le cause di azione, quali gli effetti di un giudicato e i mezzi di farlo eseguire; infine quali altri procedimenti si abbiano. — Le norme relative alle singole azioni sono spessissimo intralciate con le cognizioni generali; altre volte la teoria scientifica occupa un titolo diverso e le materie affini si trovano in lontane parti del Digesto. Tutto ciò impedisce agli studenti di afferrare le linee generali degli istituti giuridici».

tre sezioni, e solo si diede la precedenza alle parti più copiose di materiali; i revisori si contentarono, passando sopra alle semplici ripetizioni, di togliere ciò che vi era di inutile o di contradditorio. Per esempio nel titolo *locati* (Dig. XIX 2) vi sono in tutto 62 fragmenti dei quali i primi 38 con poche eccezioni appartengono al così detto gruppo Sabiniano costituito dai materiali della sezione incaricata del *ius civile;* i fragmenti 30-52 sono del così detto gruppo Edittale fornito dalla sezione cui erano state affidate le opere sul *ius honorarium;* i fragmenti 53-56 sono parte del gruppo Papiniano cioè del contributo della terza sezione; finalmente i rimanenti appartengono quasi tutti a ciò che i moderni sogliono considerare come appendice agli altri tre truppi. Questa medesima distribuzione si osserva per tutto il Digesto, quantunque qua e là si possa scorgere qualche frammento di un gruppo interpolato nelle serie dei frammenti degli altri due perchè appare necessario a spiegare o completare il frammento che precede (962).

Subito dopo la pubblicazione del Digesto, Giustiniano diede incarico a Triboniano a Doroteo e ad altri due o tre di preparare una nuova edizione del Codice del 529. Era ciò infatti divenuto necessario in seguito alle numerose innovazioni fatte dall'imperatore nei primi sei anni del suo regno. Non rimangono le istruzioni alla commissione ma lo scopo che le fu prefisso è indicato nella costituzione *Cordi nobis* del 16 novembre 534 (963) dove la nuova collezione viene sanzionata sotto il titolo di *Codex justinianeus repetitae praelectionis.* Questa è la edizione che sola si possiede ora. È impossibile per la totale scomparsa della prima edizione di poter dire con certezza se essa seguisse il medesimo indirizzo; ma dall'enfasi che l'imperatore, nella costituzione su citata, pone nella frase *repetita praelectio* si può argomentare secondo ogni probabilità che avesse tolto soltanto quanto aveva cessato di essere diritto (964) ed avesse introdotto circa quattrocento

---

(962) Vedi *supra* nota 952.

(963) È rivolta al Senato e si trova in fronte al Codice.

(964) Sia caso o sia disegno alcune disposizioni che si trovano nelle Institute furono tolte; per esempio in II 10, 11 e II 20, 27.

suoi nuovi decreti comprese le cinquanta Decisioni (p. 413). L'ordine del Codice fu, più rigorosamente che per il Digesto, quello dell'Editto. Il Codice fu diviso in XII libri che corrispondono a un dipresso così a quelli del Digesto:

Parte	I del Dig.	—	libri I e II del Codice		
»	II	»	—	libro III	»
»	III	»	—	» IV	»
»	IV	»	—	» V	»
»	V	»	—	» VI	»
»	VI	»	—	» VII	»
»	VII	»	—	libri VIII-XII	»

Il Codice però, specialmente nei libri I e IX-XII, contiene molto diritto pubblico, ecclesiastico, criminale, municipale, e fiscale di cui non si trova cenno nel Digesto. Ciascun libro è diviso in maggior numero di titoli; ciascun titolo contiene un numero più o meno grande di leggi di cui le più lunghe sono suddivise in paragrafi (965). In conformità alle istruzioni di Giustiniano le leggi sono disposte nei titoli in ordine cronologico; il nome dell'imperatore da cui ciascuna fu emanata, il corpo o l'individuo a cui furono indirizzate, sono menzionati al principio di ciascuna (*inscriptio*); la data e il luogo (se conosciuto) alla fine (*subscriptio*). La intera collezione contiene da 4600 a 4700 decreti di cui più della metà erano originariamente abbreviati, ed anche le costituzioni di Costantino e Teodosio bene spesso furono mozzate come si può scorgere confrontandole colle corrispondenti del Codice teodosiano. La legge più antica della collezione è un rescritto di Adriano, la più recente è una legge di Giustiniano emanata quindici giorni prima che il Codice venisse promulgato. Ciascun imperatore poi è così rappresentato quanto al numero delle costituzioni: 180 circa appartengono ad Antonino Vero od a Marco Aurelio (*divi fratres*), 100 a Commodo, circa altrettante a Settimio Severo e Caracalla, 250 a Caracalla solo, 450 circa ad Alessandro

(965) Quindi l'uso generale di citare Cod. VI 23, 21, 5 e qualche volta *l.* 21, 5 Cod. *de testamento* VI 23.

Severo; più che 270 a Gordiano III, più che 1200 a Diocleziano e Massimiliano, oltre 200 a Costantino, circa lo stesso numero a Valentiniano II a Teodosio I e ad Arcadio, a Valentiniano II solo circa 170, ad Arcadio circa 180, a Teodosio II circa 190, e finalmente a Giustiniano circa 400 (966).

Il nome di Novelle (*novellae constitutiones post Codicem*) è dato alle costituzioni emanate da Giustiniano dopo la pubblicazione del Codice. Sono quasi tutte in greco, alcune parte in greco e parte in latino; pochissime, di interesse particolarmente locale, sono scritte soltanto in latino. Il maggior numero di esse riguarda materie di diritto pubblico o ecclesiastico, ma alcune si occupano di diritto privato e, specialmente quelle che riformano il diritto di successione intestata, hanno grandissima importanza. Tutte queste Novelle poi non pare che siano mai state ufficialmente raccolte, e solo 170 di esse sono pervenute insino a noi (967).

Le costituzioni di Giustiniano contenute nel Codice e le Novelle formano un insieme di più che seicento leggi. Diocleziano contribuì al Codice in misura maggiore del doppio ma quasi tutte le sue costituzioni confermano leggi preesistenti, là dove quelle di Giustiniano, a parte le cinquanta decisioni, sono quasi tutte leggi innovatrici (alcune delle Novelle poi, molto lunghe, trattano in un sol corpo di diverse materie) e svolgono tutto il diritto pubblico e privato, civile e criminale, laico ed ecclesiastico. Non sono certamente di piacevole lettura per la ampollosità dello stile per la inviluppata lunghezza del periodo e per la continua lode di cui Giustiniano si compiace; ma molte di codeste leggi, quelle specialmente che risguardano il diritto privato, contengono innegabilmente riforme di grande valore e di pratica utilità. L'imperatore amava di posare

(966) Le cifre sono tolte da DEURER *Aeussere Gesch. u. Inst. des R. R.* Heidelberg 1849 p. 174. Ve n'è un elenco cronologico in HAENEL *Corp. leg. ab imperat. rom. ante Justinianum latarum* Leipzig 1857 ed in appendice alla edizione del Codice curata dal Krüger.

(967) Vedi BIENER *Geschichte der Novellen Justinians* Berlin 1824. — Una completa notizia delle fonti dalle quali si desunsero le novelle sarà data dallo Schoell nei prolegomena alla sua edizione in corso di stampa (vedi § 91).

a campione della semplicità ed a rinnovatore dell'antico diritto (*antiquum statum renovantes sancimus*...) benchè talvolta ne condannasse la soverchia sottigliezza (*antiquae sublilitatis ludibrium expellentes*...); non era sempre libero dalle influenze di un eccessivo ascetismo e tanto meno sfuggiva alla volontà della imperiosa sua consorte, volontà delle quali appaiono traccie in diversi luoghi del Codice e delle Novelle. Nel complesso però la sua legislazione era ispirata a quel mite senso che egli stesso amava di chiamare *humanitas* rispetto al diritto delle persone e *naturalis ratio* e pubblica utilità rispetto al diritto delle cose. Ciò portò alla completa distruzione di ogni avanzo dell'antico *ius quiritium* cui fu sostituito sotto il nome di *ius romanum* quel sistema cosmopolita che appunto come tale servì di base a tutti i moderni sistemi.

§ 85.

Riforme nel diritto famigliare.

Con gli ultimi imperatori cristiani scomparve affatto l'antico concetto della famiglia, la quale non fu più un aggregato di persone e di beni sotto il dominio assoluto del *paterfamilias*. La *manus*, o potere del marito su la moglie e su ciò che a lei apparteneva era ormai cosa antiquata; marito e moglie erano eguali di fronte alla legge, ed anzi in seguito alle riforme di Giustiniano la moglie fu dei due coniugi la privilegiata per la efficace protezione del diritto. Insieme con la *manus* era scomparsa l'antica *confarreatio* e la *coemptio*, ed al matrimonio bastava il semplice scambio di consenso [968], eccetto che tra persone di alta condizione o quando si volevano legittimare figli già nati: in quest'ultimo caso il matrimonio doveva essere fatto per atto scritto [969]; nel primo caso o si ricorreva all'atto scritto o si solennizzava il

(968) Theod. e Valent. in *Cod.* V 4, 22. — Just. *Nov.* CXVII 4.
(969) Just. *Cod.* V 27, 10 pr.

matrimonio in chiesa davanti al vescovo e almeno innanzi a tre testimoni clerici che redigessero per iscritto e consegnassero un attestato del seguìto matrimonio (970). Le seconde nozze che la legge giulia e papia poppea imponeva alle vedove che non avevano più di cinquant'anni Teodosio le disapprovò; così fecero i suoi successori i quali da ultimo imposero la confisca dei *lucra nuptialia* delle prime nozze a favore dei figli nati da esse (971). Già si disse (p. 390) della legislazione degli imperatori cristiani intorno al divorzio e delle molte disposizioni di Giustiniano (972). Molte innovazioni furono fatte anche nell'istituto dotale; specialmente si diminuirono i poteri che il marito aveva su la dote durante il matrimonio, accrescendo il diritto della moglie e degli eredi ed accordando azioni più semplici alla donna ed agli eredi di lei per ricuperare i beni dotali sciolto il matrimonio (973).

Nel tempo intermedio fra il regno di Costantino e quello di Teodosio e Valentiniano invalse l'uso che il fidanzato assegnasse alla sua futura moglie una somma di denaro che apparteneva alla donna durante il matrimonio ma non poteva da lei essere alienata e che diventava sua proprietà in caso di premorienza del marito; questa somma prese nome di *donatio ante nuptias* ed anche, quasi fosse una restituzione di dote, di *antipherna*. Le prime leggi che parlano di questo nuovo istituto sono degli imperatori su nominati; se ne occuparono dopo di essi Zenone Giustino e Giustiniano che nel Codice e nelle Novelle pubblicò in materia cinque o sei costituzioni. In conseguenza, quando la donna dava o prometteva la dote, il fidanzato aveva obbligo di stipulare tale donazione che seguiva le sorti della dote in guisa da aumentare proporzionalmente se la dote durante il matrimonio aumen-

---

(970) Just. *Nov.* CXVII 4 e 6.

(971) Grat. Valent. e Theod. in *Cod.* V 9, 3. — Leo e Anthem. *eod. tit.* l. 6. — Just. *eod. tit.* l. 10 e *Nov.* XXII 21-28.

(972) Vi è in proposito una importante legge di Teod. e Valent. in *Cod.* V 17, 8. — Giustiniano ne parla in *eod. tit.* 10-12 e nelle *Nov.* XXII, CXVII, CXXVII, e CXXXIV.

(973) Vedi Just. *Cod.* V 12, 29-31; V. 13.

tava. Questa *donatio* poteva farsi però anche dopo contratto il matrimonio nonostante la regola che proibiva le donazioni tra coniugi; per ciò Giustiniano ne cangiò il nome designandola per *donatio propter nuptias*. La moglie poteva domandarne la anticipata consegna (come della dote) nel caso di insolvenza del marito, purchè intendesse dedicarne la rendita al mantenimento della famiglia. Nel caso poi di scioglimento del matrimonio per morte del marito o per divorzio di cui egli fosse responsabile, la moglie disponeva di efficacissimi mezzi per pretendere la restituzione della *donatio* e della *dos* (974).

Di ben lieve momento tuttavia fu questo cangiamento nel complesso dei rapporti tra marito e moglie sotto gli imperatori cristiani, quando lo si confronti con quello che si verificò nei rapporti tra padre e figli. Giustiniano nelle sue Istitute riproduce il vanto di Gaio che in nessun luogo un padre aveva tanto potere sui figli quanto il *paterfamilias* romano (975). Il fatto è che la *patria potestas* in teoria almeno conserva ancora un posto principalissimo nel diritto giustinianeo; ma era stata privata di quasi tutte le prerogative che la caratterizzavano nell'epoca repubblicana. Fu proibito severamente di esporre i figli appena nati (976) come era stato considerato assassinio (977) l'uccidere la moglie a meno che sorpresa in flagrante adulterio (978) perchè il tribunale domestico e il potere di vita e di morte del *paterfamilias* erano da lungo tempo scomparsi. Per la stessa ragione il padre non poteva più vendere il figlio come schiavo, o almeno non poteva far ciò che quando il figlio era bambino e in caso di estrema povertà, sì da non essere in grado di mantenerlo (979). Anche il diritto di dare in *noxa* il figlio alla parte che fosse stata danneggiata dal fatto di lui, era caduto tacitamente in disuso tanto il mutato sentimento

(974) Vedi Just. *Inst.* II 7, 3 e tit. Cod. *de don. ante nupt.* V 3.
(975) Just. *Inst.* I 9, 2.
(976) Valent. Val. e Grat. in Cod. VIII 51, 2. — Just. *eod. tit.* l. 3.
(977) Dig. XLVIII 5, 20; 22, 2 e 4.
(978) Const. in Cod. IX 17.
(979) Const. in Cod. VIII 46, 10 e IV 33, 2.

in armonia con la legislazione aveva scemato il potere del *paterfamilias* su le persone soggette alla sua potestà (980). Di questa *potestas* rimase nell'ultimo diritto giustinianeo quello che si trova sanzionato nella maggior parte dei moderni Codici come naturale emanazione del vincolo paterno, cioè il diritto di castigare moderatamente il figlio, di nominare il tutore con testamento, di dare un *filiusfamilias* in adozione, di fare la pupillare sostituzione (allargata da Giustiniano), e di negare il consenso al matrimonio del figlio; questo ultimo diritto se usato irragionevolmente dava luogo all'intervento del magistrato. Anche il diritto del *paterfamilias* sopra i beni e gli acquisti dei suoi figli fu modificato con la ricognizione del *peculium castrense vel quasi,* come si disse in un precedente paragrafo (p. 356). Ma questa modificazione fu portata a tale che gli imperatori cristiani negarono affatto al padre diritto di proprietà sopra i beni tutti del figlio, eccetto che su quelli la rendita dei quali avesse il *paterfamilias* stesso assegnato al *filiusfamilias* per suo particolare uso, *peculium profecticium* (981). Fino al tempo di Giustiniano il padre aveva però su i beni del figlio diritto di usufrutto e di amministrazione; ma per legge di codesto imperatore questi diritti cessavano per volontà di colui che trasmetteva i suoi beni al *filiusfamilias* (982).

Secondo il diritto classico, il diritto radicale del padre sul *peculium castrense* del figlio riviveva alla morte di questo così che quando il figlio moriva intestato il padre tosto poteva appropriarsi le cose del peculio non come erede ma come proprietario riammesso al godimento dei suoi diritti sulla cosa (983). Ma in uno dei paragrafi della famosa Novella sul diritto di successione intestata anche questa prerogativa del *paterfamilias* venne abolita e tutti i beni appartenenti al figlio, eccettuato il *peculium profecticium,* furono riconosciuti come sua proprietà in vita e in morte onde in caso di successione intestata passavano

(980) Just. *Inst.* IV 8, 7.
(981) Just. *Inst.* II 9, 1; *Cod.* VI 61, 6.
(982) *Nov.* CXVII 1 pr.
(983) Ulp. in Dig. XLIX 17, 2.

al padre a titolo di eredità quando il defunto non avesse lasciati discendenti [984].

Questo spirito riformatore non si manifestò in un solo ramo del diritto di famiglia. L'adozione infatti non portava più con sè un cambiamento di famiglia per parte dell'adottato, a meno che l'adottante fosse uno dei parenti più stretti dell'adottato, ad esempio l'avo paterno o materno, nel qual caso la *naturalis potestas* giustificava la potestà civile [985]. I modi di legittimazione dei figli nati fuori di matrimonio, specialmente la legittimazione per mezzo di susseguente matrimonio introdotta da Costantino [986], furono oggetto di cure particolari del legislatore il quale minutamente definì anche i diritti del figlio legittimato [987]. — L'emancipazione venne di gran lunga semplificata nè fu più necessario, si capisce, seguire l'antica procedura *per aes et libram* che abbassava il figlio al livello dello schiavo [988]. — La tutela legittima fu aperta ai più prossimi parenti del pupillo dal lato paterno e materno [989], e alla madre stessa o all'avola si concesse entro certi limiti di agire come tutrice del figlio o del nipote [990]. — La schiavitù venne spesso convertita nella meno dura condizione del colonato (§ 75), ma anche dove ciò non accadeva, i diritti dei padroni non si estendevano fino all'abuso e gli schiavi potevano ricorrere alla protezione del magistrato nel caso di crudeltà e sevizie; il padrone era punito in tal caso con la perdita degli maltrattati [991]. — La parentela fra due schiavi o fra uno schiavo ed un libero (*servilis cognatio*) fu riconosciuta atta a creare diritti [992]. I modi di mano-

---

(984) *Nov.* CXVIII 1.

(985) Just. *Cod.* VIII 47, 10.

(986) Just. *Cod.* V 27, 5.

(987) Just. *Cod.* V 27, 10 e 11; *Nov.* XII 4; LXXIV praef. e 1-2; LXXXIX 8-10.

(988) Just. *Cod.* VIII 48, 6.

(989) Just. *Cod.* VI 58, 15, 4; *Nov.* CXVIII 5.

(990) Ciò era stato concesso anche prima dei tempi di Giustiniano. Vedi la legge di Valent. Teod. e Arcad. in Cod. V 35, 2. — Vedi anche Just. *Nov.* CXIV.

(991) Just. *Inst.* I 8, 2.

(992) Just. *Inst.* III 6, 10.

missione furono aumentati e le restrizioni moltiplicate dal primo impero furono rimosse [993]; ogni schiavo manomesso diveniva ora invariabilmente cittadino non essendo più riconosciuta la latinità giuniana e la categoria dei *dediticii* [994].

§ 86.

Diritto di proprietà — obbligazioni.

I principali cangiamenti che si verificarono nel diritto di proprietà sotto gli imperatori cristiani furono la semplificazione delle forme di trasferimento, l'estensione del colonato, l'introduzione dell'enfiteusi ed il suo ordinamento pratico, e il rinnovamento del diritto di prescrizione. La semplificazione delle forme di trasmissione appariva necessaria per le *res mancipi* soltanto perchè le *res nec mancipi* erano sempre state trasmesse con la semplice consegna. Dal Codice teodosiano risulta chiaro che fin dal principio di questo periodo le *res mancipi* mobili erano ordinariamente trasmesse in questo stesso modo, e che alla mancipazione di terre o case — la *in iure cessio* essendo scomparsa insieme con il sistema formulare — fu a poco a poco sostituita una *solemnis traditio* che constava di un atto scritto e di formale consegna davanti a testimonii [995]. Nulla di tutto ciò si trova neppure accennato nel Codice giustinianeo, giacchè l'imperatore abolì ogni distinzione tra le *res mancipi* e le *nec mancipi*, tra la piena proprietà e la proprietà bonitaria e il *nudum ius Quiritium* ponendo le cose mobili ed immobili in egual condizione giuridica quanto a forma di trasferimento [996]. Quanto al possesso come mezzo di sanare il difetto di trasmissione, Giustiniano segnò una profonda

---

(993) Just. *Inst.* I 5, 1.

(994) Just. *Cod.* VII 5 e 6; *Inst.* I 5, 3. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 654 e seg.].

(995) Theod. Arcad. ed Honor. in Cod. Theod. II 29, 2, 1 e 2.

(996) *Cod.* VII 31.

differenza tra le varie cose. Imperocchè fondendo insieme l'antica usucapione, modo positivo di acquisto, e la *longi temporis possessio,* che dava luogo ad eccezioni in favore del possessore e che forse era stata introdotta nelle provincie dall'editto provinciale, dispose che il possesso di buona fede e con giusto titolo dovesse in futuro rendere il possessore proprietario della cosa da lui posseduta purchè il possesso di lui e del venditore fosse durato senza interruzione per tre anni nel caso di cose mobili e nel caso di immobili per dieci anni se il vero proprietario della cosa risiedeva nella medesima provincia, per venti se in altra aveva dimora (997).

Si disse già (§ 75) quali effetti derivassero dalla diffusione del colonato. Le stesse cause che diedero origine a questo, condussero anche all'introduzione dell'enfiteusi (998); istituto che già precedentemente esisteva nelle provincie orientali quando erano indipendenti e che fu poi utilizzato prima dagli imperatori, poi dalla Chiesa, e finalmente dai municipii e dai privati proprietari per ridurre a coltivazione gli ampii loro possessi di terre provinciali rese improduttive e infruttifere dalla mancanza di cure. Qualche cosa di simile però esisteva già da lungo tempo in Italia e in qualche parte delle provincie occidentali sotto il nome di *ager vectigalis,* concessione ereditaria di terre non definitiva ma a lungo termine per lo più fatta da un municipio; dava al concessionario diritti molto maggiori che non al semplice affittuario; Giustiniano lo ragguagliò alla enfiteusi. La natura e le condizioni di questa furono accuratamente determinate da Zenone ed emendate dallo stesso Giustiniano (999). L'*emphyteuta* non diveniva proprietario, il cedente rimanendo sempre *dominus;* perciò aveva un *ius in re aliena,* esteso però così da confondersi quasi con la proprietà; infatti conferiva a lui e ai suoi eredi un perpetuo diritto sulle terre cedute, di fronte al pagamento di un annuo canone e con la perfetta os-

(997) Just. *Inst.* II 6 pr.; *Cod.* VII 31.

(998) Su la enfiteusi vedi LATTES *Studi storici sopra il contratto di enfiteusi* Torino 1868 cap. I e III. — FRANÇOIS *De l'emphytéose* Paris 1883.

(999) Zeno *Cod.* IV 66, 1. — Just. *eod. tit.* l. 2 e 3; *Nov.* VII 3, 2; CXX 6, 8.

servanza delle condizioni pattuite e degli obblighi di legge; ma non poteva abbandonare il fondo nè liberarsi dalle obbligazioni assunte senza il consenso del proprietario. Questi poi aveva il diritto di confiscare i terreni ceduti se il canone o la tassa fondiaria fossero in arretrato di tre anni (due per le terre ecclesiastiche), o se l'enfiteuta lasciasse deteriorare le terre, o se tentasse di alienarle (*alienare meliorationes*, come dicono le fonti) senza l'osservanza delle norme di legge. Queste gli imponevano di far conoscere al proprietario la sua intenzione di alienare le terre e il nome del compratore affinchè quegli prima di assentire potesse assicurarsi che non ne riceverebbe danno; se l'alienazione aveva corrispettivo in denaro doveva l'enfiteuta indicare il preciso prezzo affine di dare al padrone l'opportunità di esercitare volendo il diritto di redimere le sue terre per la stessa somma. Se queste norme erano adempite e il proprietario, rifiutandosi di comperarla, non opponeva alcuna ragionevole obbiezione la alienazione aveva luogo ma al proprietario spettava ancora (*laudemium*) il due per cento del prezzo di vendita per il consenso dato.

I cambiamenti nel diritto delle obbligazioni furono più superficiali e consistettero principalmente nella semplificazione ed alcune volte nella totale abolizione delle antiche formalità. È inutile perciò porre in rilievo tali particolari.

§ 87.

Mutamenti nel diritto di successione.

Non furono certo di poco momento le innovazioni fatte nel diritto successorio dagli imperatori cristiani che precedettero Giustiniano, specialmente da Teodosio II e da Anastasio; ma i cangiamenti portati a questa parte del diritto da Giustiniano si possono dire in certo modo rivoluzionarii. — Il testamento *per aes et libram* dell'antico *ius civile* non penetrò mai, forse, nelle provincie del-

l'Oriente; infatti questa parte dell'impero ebbe la *testamenti factio* romana soltanto quando Caracalla estese la cittadinanza a tutti i suoi sudditi non schiavi, quando cioè era già da gran tempo riconosciuto valido il testamento segnato all'esterno con sette sigilli, a tale che da esso derivava la *bonorum possessio* senza possibile opposizione degli eredi legittimi per mancanza di *familiae mancipatio* o *testamenti nuncupatio* (1000). Di qui la generale diffusione di ciò che Giustiniano chiama testamento pretorio (1001); questo però subì non poche modificazioni per opera degli imperatori, i quali specialmente richiesero in genere la firma del testatore e le sottoscrizioni dei testimoni. Prima che il diritto si stabilisse così com'è nei libri di Giustiniano la legislazione fu molto incerta al proposito (1002), ed anche dopo Giustiniano occorrono frequenti eccezioni e restrizioni in favore dei testamenti che mirano semplicemente a dividere tra i figli i beni del padre; in favore dei testamenti fatti in tempo di peste, dei testamenti ricordati nei libri di corte, dei testamenti affidati alla custodia degli imperatori, e così di seguito. I codicilli avevano assunto tale importanza che, mancando anche il testamento, si riteneva imponessero di per sè una *fiducia* all'eredel egittimo (1003); però gli imperatori tolsero loro efficacia, quando non erano confermati da almeno cinque testimoni (1004). — D'altra parte Giustiniano fece un passo più ardito riconoscendo valida la orale fiducia *mortis causa;* così se alcuno dichiarava dinanzi a giudice competente che un tale al letto di morte aveva incaricato l'erede legittimo di dare o di pagare qualche cosa al reclamante, l'erede era ob-

---

(1000) Gai. II 119 e 120. — Ulp. XXIII 6 e XXVIII 6.

(1001) Just. *Inst.* II 10, 2.

(1002) Le principali disposizioni sono nel titolo del Codice *de testamentis* (VI 23). La sottoscrizione del testatore fu richiesta con legge di Teodosio II dell'anno 439 (Cod. VI 23, 21). — La sottoscrizione dei cinque testimoni e la apposizione del loro sigillo fu ordinata da Arcad. ed Onor. (Cod. Theod. IV 4, 3, 1-2) i quali dichiarano di seguire una prescrizione di Costantino. Teodosio nel 439 ritornò all'antico numero di 7.

(1003) Just. *Inst.* II 23, 10 e 25, 1.

(1004) Theod. in *Cod.* VI 36, 8, 8.

bligato a negare con giuramento quanto era stato affermato od a pagare la somma pretesa [1005].

Nella successione intestata si contendevano il campo il desiderio di modificare il diritto secondo l'indirizzo dato dai pretori e dai senatoconsulti Tertulliano ed Orfitiano (p. 367), e la riluttanza ad abbandonare affatto il principio, per tanto tempo sacro, della agnazione [1006]. Giustiniano nel suo Codice oltrepassò di gran lunga i suoi predecessori, facendo il diritto di successione di una madre indipendente affatto dal *ius liberorum* [1007]; estendendo il diritto a succedere di una figlia o sorella anche ai loro discendenti senza che alcuna parte dovesse essere prelevata in favore degli agnati che venivano così completamente esclusi [1008]; ammettendo alla successione i collaterali emancipati e i loro discendenti come se non vi fosse stata alcuna *capitis deminutio* [1009]; concedendo agli agnati la medesima *successio graduum* che il pretore aveva concesso ai cognati [1010], e via dicendo. Ma portò addirittura mutamenti radicali con le Novelle e specialmente con la CXVIII e la CXXVII dove stabilisce le norme di successione — eguali per i diritti reali e per i personali — basandole soltanto su i vincoli del sangue senza tener conto se gli eredi fossero maschi o femmine e se avessero subìto una *capitis deminutio minima* (p. 136 e seg.). Anzitutto succedevano i discendenti dell'intestato maschi o femmine, *per capita* se tutti erano di primo grado, *per stirpes* se di gradi più remoti. In mancanza di discendenti, succedevano gli ascendenti più prossimi ed in concorso con essi i fratelli e le sorelle germane ed anche (per la Novella CXXVII) i figli di un fratello premorto. Quando v'erano soltanto ascendenti metà della successione andava alla linea paterna metà alla linea materna; quando vi erano ascendenti, fratelli e sorelle, o soltanto fratelli e sorelle,

(1005) Cod. VI 42, 42. — Just. *Inst.* II 23, 12.
(1006) Vedine esempi in Just. III 1, 15; 3, 5; 5, 1.
(1007) Cod. VIII 58, 2.
(1008) Cod. VI 55, 12.
(1009) Cod. VI 58, 15, 1.
(1010) Cod. VI 4, 4, 20. — Just. *Inst.* II 2, 7.

la divisione era fatta uniformemente per capi; i figli poi di un fratello premorto o di una sorella del *de cuius* succedevano *per stirpes*. Nella terza categoria erano i fratelli e le sorelle per parte solo di padre o di madre, o gli adottivi e i loro figli; anche qui la partizione seguiva le medesime norme della seconda classe. La quarta categoria finalmente compendiava tutti gli altri collaterali secondo la loro prossimità e senza distinzione tra completa e parziale consanguineità; la principale divisione era per stirpi, ma tutti quelli dello stesso ramo vi partecipavano per capi.

Non si deve tacere la riforma effettuata da Giustiniano con la Novella CXXV, come quella che rese superflue tutte le antiche regole risguardanti il caso di uno o più figli del testatore diseredati o preteriti nel testamento (p. 185 e seg.), abolì praticamente la *bonorum posssesio contra tabulas* (p. 307 e seg.) e stabilì il principio che ogni figlio avesse, come regola generale, un diritto innato ed indistruttibile di ereditare in ogni caso dal padre una certa parte dell'eredità, e che il padre pure avesse diritto di succedere al figlio quando questi morisse senza lasciare discendenti. Questa legge poi stabiliva alcuni casi tassativi in cui il padre poteva diseredare i figli o questi quello; ma in ogni caso dichiarava che la ragione di questo diseredamento dovesse essere espressa nel testamento dando facoltà alla persona diseredata di confutare e discutere i fatti dopo aperto il testamento. Il figlio non diseredato o diseredato illegittimamente, qualora non fosse chiamato ad una parte per quanto piccola dell'eredità, aveva diritto di far dichiarare nullo il testamento in ciò che riguardava l'eredità aprendo così la successione a lui stesso e agli altri eredi legittimi senza che però cadessero le altre disposizioni come i legati, la nomina di tutori, ecc.; se poi la parte a cui era chiamato era minore della legittima (*legitima* o *debita portio*), il figlio preterito così aveva azione per integrarla. La legittima che al tempo del tribunale centumvirale era di un quarto della parte che sarebbe toccata al figlio *ab intestato*, fu elevata da Giustiniano (Novella XVIII) ad un terzo almeno del patrimonio ed alla metà quando vi erano

cinque o più aventi diritto ad essa. Egli però non ammise che il testamento non potesse invalidarsi, come nella antica *querela inofficiosi testamenti* (p. 263), perciò che il testatore avesse fatto in vita anticipazioni al figlio o lasciato a lui un legato il cui valore equivalesse alla legittima; riteneva Giustiniano che il figlio avesse diritto di essere riconosciuto dal padre come uno dei suoi eredi, e che il negargli questo senza legittima causa costituisse una violazione di tale diritto, violazione che la legge non poteva permettere.

Tra gli altri benefici mutamenti introdotti da Giustiniano e dai suoi immediati predecessori vogliońsi annoverare, — la fusione, per quanto era possibile, della *haereditas* con la *bonorum possessio* a tale che l'una o l'altra si ottenevano ora senza formale domanda (1011); — l'equiparazione dei legati e dei fedecommessi (1012) e la estensione di alcune regole di codesti istituti alle donazioni *mortis causa* (1013); — il riconoscimento senza eccezione della *trasmissibilità* ereditaria, a tale che se l'erede muore entro il termine concessogli per dichiarare se accetta la eredità (*tempus deliberandi*) i suoi proprii eredi hanno la stessa facoltà di accettare o rifiutare l'eredità nel tempo che restava al loro autore (1014); — l'introduzione della successione con beneficio d'inventario la quale, limitando la responsabilità dell'erede, toglieva la necessità di nove o dodici mesi di ponderazione (1015); — finalmente, l'obbligo di collazione imposto a tutti i discendenti i quali ora debbono calcolare nella massa ereditaria prima di dividerla tutte le anticipazioni di qualche momento avute dal loro genitore (1016).

(1011) Const. in Cod. VI 9, 9.

(1012) Just. in Cod. VI 43, 2, 1. — Just. *Inst.* II 20, 3.

(1013) Just. in Cod. VIII 56, 3. — Just. *Inst.* II 7, 1.

(1014) Just. in Cod. VI 30, 19 e 22, 13.

(1015) Just. in Cod. VI 30, 22.

(1016) Leo in Cod. VI 20, 17. — Just. *eod. tit.* II 19 e 20; XVIII 6. [PADELLETTI-COGLIOLO *Storia del D. R.* p. 661 e seg.].

CAPO IV.

I libri di diritto di Giustiniano.

§ 88.

Loro uso nei tribunali e nelle scuole (1017).

Quantunque scopo delle Institute di Giustiniano fosse anzitutto di servire come libro di testo nelle scuole, tuttavia fu espressamente dichiarato che esse il Digesto e il Codice erano parti di un medesimo corpo di diritto, e quindi avevano tutte eguale autorità; inoltre benchè il Digesto e il Codice non fossero che collezioni di leggi e di frammenti d'autori diversi, volle Giustiniano che fossero considerati, quanto a rispetto ed efficacia, come fatti da lui stesso. Per giunta, mentre tutto che in codesti libri si conteneva doveva essere ritenuto come legge, all'infuori di essi nulla poteva avere valore giuridico, nè pure le opere onde erano stati tratti i frammenti e le costituzioni del *Corpus iuris;* anzi, si giunse a tale, dopo la pubblicazione della edizione riveduta del Codice, di vietare assolutamente l'uso della prima edizione del Codice e delle cinquanta decisioni. Quando occorreva una fattispecie che non avesse precedenti, si doveva ricorrere per la decisione soltanto all'imperatore come a quegli che, fuori delle collezioni, costituiva la sola fonte del diritto. Per conservare l'autenticità del testo (per la quale Giustiniano avrebbe fatto bene a seguire l'esempio di Alarico che fece preparare e certificare copie del suo Breviario nella cancelleria e le distribuì per tutto il regno) proibì l'uso delle abbreviazioni convenzionali (*siglae*) nelle even-

(1017) Vedi HEIMBACH *Prolegomena Basilicorum* Leipzig 1870, I 1, 1-6 e 2, 1-2.

tuali trascrizioni, minacciando a chi violasse questa prescrizione la pena per falso (*crimen falsi*). Le traduzioni letterali in greco furono permesse, ed erano veramente necessarie per molti sudditi; così pure furono autorizzati i παράτιτλα o sommarii del contenuto dei singoli titoli (i giuristi danno a questa parola significato meno ristretto). I commentarii e i sommarii generali furono proibiti sotto forti pene, come quelli che violavano la prerogativa imperiale della interpretazione; ma non sembra che la proibizione abbia avuto effetto poichè avanzano a noi notizie e frammenti non solo di traduzioni ma di veri commentarii note sunti estratti e sommarii anche del tempo di Giustiniano. Doroteo Anatolio e Taleleo erano fra quelli a cui le collezioni giustinianee furono specialmente indirizzate; due di essi parteciparono anche alla compilazione; e pure il primo fu autore di una traduzione del Digesto con note, il secondo fece un compendio del Codice, e il terzo ne fece una traduzione con note. E Giuliano pure, che fece un sunto in latino delle Novelle nel 556 probabilmente ad istanza dello stesso Giustiniano, è stato identificato con un anonimo che spesso viene citato nei Basilici come autore di una annotata traduzione del Digesto. — È ben vero che tutti questi erano professori (*antecessores*) e le loro opere possono avere avuto da prima uno scopo puramente didattico; ma senza dubbio ben presto esse passarono nelle mani degli avvocati e furono usate senza scrupolo nei tribunali.

Nel principio dell'impero l'insegnamento (1018) del diritto era libero, e forse al tempo di Diocleziano soltanto furono riconosciute ufficialmente le scuole di Roma e di Berito; certamente non molto più tardi i privilegi furono estesi alle università di Costantinopoli di Alessandria e di Cesarea. La scuola di Roma pare che sussistesse ancora quando l'Italia era in mano degli Ostrogoti; ma quelle di Alessandria e Cesarea furono soppresse da Giustiniano il quale proibì l'insegnamento del diritto altrove che nelle

(1018) Heimbach *op. cit.* — Amos *History and Principles of the Civil Law* London 1883 p. 102 e seg. — Karlowa *Röm. RG.* I 10 22 e seg.

tre scuole rimanenti sotto pena di gravi multe. Prima delle riforme di Giustiniano il corso degli studii durava cinque anni dei quali gli ultimi due erano dedicati a private letture. Gli studenti del primo anno chiamati *dupondii* dovevano studiare le Istituzioni di Gaio e quattro libri separati dei suoi *Libri singulares* sulla dote sulla tutela sui testamenti e sui legati. Quelli del secondo (*edictales*) e terzo anno (*Papinianistae*) si applicavano allo studio dell'Editto o più probabilmente al commento fattovi da Ulpiano, e inoltre quelli del terzo corso ad otto dei diciannove libri dei Responsi di Papiniano. Nel quarto anno gli studenti, allora chiamati λύται, leggevano i Responsi di Paolo, e nel quinto (προλύται) le costituzioni imperiali. Anche Giustiniano conservò il corso di cinque anni, ma prescrisse che ogni insegnamento dovesse impartirsi sulle sue proprie collezioni. Quelli del primo anno che egli liberò dall'antico soprannome e onorò col titolo di *novi Iustinianei,* dovevano essere istruiti nelle Istituzioni e nella prima parte (libri I-IV) del Digesto; quelli del secondo anno nella seconda parte (libri V-XI) o nella terza parte (libri XII-XIX) del Digesto insieme con quattro degli ultimi quattordici libri della parte quarta e quinta, di cui uno versasse sulla dote un altro sulla tutela un altro sui testamenti ed uno sui legati. Quelli del terzo anno dovevano esercitarsi su i libri della parte seconda e terza del Digesto che non erano stati studiati nel secondo anno, insieme con i primi tre libri della quarta parte; quelli del quarto anno dovevano leggere privatamente i rimanenti dieci libri della parte quarta e quinta mentre quelli del quinto anno dovevano leggere il Codice delle costituzioni imperiali, rimettendo la lettura della sesta e settima parte (libri XXXVII-L) del Digesto a corso finito, quando se ne presentasse l'opportunità.

Non è improbabile, come già si è osservato, che l'istruzione venisse impartita per mezzo delle traduzioni e dei sommarii annotati dei libri di Giustiniano. Una parafrasi greca delle Istituzioni, comunemente attribuita a Teofilo professore a Costantinopoli e commissario di Giustiniano, era forse usata nelle sue lezioni introduttive; contiene

notizie storiche più che non si trovino nelle Institute giustinianee ma il suo valore è in modo diverso apprezzato. — L'editore più recente è il Ferrini (1019), che vi annette grande importanza e che ritiene fosse in origine una parafrasi di Gaio rifusa secondo il disegno delle Istituzioni di Giustiniano, ed adattata con la introduzione delle nuove norme alle mutate condizioni del diritto; dubita però il Ferrini che si possa ragionevolmente attribuirla a Teofilo. Se egli avesse ragione nel sostenere che è una trascrizione da Gaio le notizie storiche che in esso si trovano acquisterebbero un valore molto maggiore.

§ 89.

I libri di Giustiniano nell'Oriente (1020).

Il lavoro giuridico indicato nella prima parte del precedente paragrafo, continuò per tutto il sesto secolo per opera di varii scrittori di cui l'Heimbach ci dà qualche cenno nei suoi *Prolegomena.* Ma gli ultimi tre giureconsulti furono relativamente poco fecondi e la sola cosa notevole è la Ἐκλογὴ τῶν νόμων ἐν συντόμῳ γενομένη di Leone Isauro, scritta nel 740: quest'opera è un estratto dell'intero diritto giustinianeo emendato e riordinato, fu abro-

(1019) *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. Ad fid. libror manuscriptor. recensuit.* E. C. FERRINI Berlino 1884-85 (in corso di stampa) [Vedi FERRINI *Origini della parafrasi* ecc. Archiv. Giur. XXXVII 353].

(1020) ZACHARIAE *Historiae iuris Graeco-Romani delineatio* Heidelberg 1839. — MONTREUIL *Histoire du Droit Byzantin* Paris 1843-46. — HEIMBACH *Prolegomena Basilicorum* (*Basilicorum libri LX . . . restituit* C. G. E. HEIMBACH Leipzig 1833-70, 6 vol., con un supplemento ai libri XV-XIX dello Zachariae pubblicato nel 1846. — I *Prolegomena* sono nel 6.° vol.). — ZACHARIAE VON LINGENTHAL *Ius Graeco-Romanum* Leipzig 1856-84 (raccolta in 7 vol. dei testi bizantini minori). — ZACHARIAE V. LING. *Gesch. d. Griech. — Röm. Rechts* Berlino 1877 (2.ª ediz.). — RIVIER *Introd. hist. au Droit romain* Bruxelles 1881 (2.ª ediz.) p. 545 e seg. — AMOS *History and Principles of the Civ. Law* London 1883 p. 392 e seg.

gata da Basilio il Macedone a cagione delle sue imperfezioni e delle audaci sue innovazioni che si allontanavano di tanto da quel diritto che pretendeva di compendiare. Il sunnominato imperatore, insieme con suo figlio Leone il Filosofo, si applicò in sul finire del nono secolo e sul principio del decimo a fare una legale traduzione dell'intero corpo giustinianeo, omettendo ciò che era caduto in desuetudine, togliendo le ridondanze e introducendovi del diritto post-giustinianeo ciò che meritava di essere conservato. Da questo lavoro uscirono i Basilici (τὰ Βασιλικά, cioè, νόμιμα) completati nel regno di Leone ma certamente preparati sotto il regno di Basilio, il quale pubblicò anche una specie di opera di istituzioni, il πρόχειρον, che fu riveduto e ripubblicato da Leone sotto il nome di Ἐπαναγωγὴ τοῦ νόμου. I Basilici sono in sessanta libri, suddivisi in titoli, e seguono in generale il disegno del Codice di Giustiniano, ma il diritto vi è disposto sistematicamente sia esso desunto dal Digesto dal Codice o dalle Novelle. Il figlio di Leone, Costantino Porfirigineto, vi fece una aggiunta sotto forma di commentario officiale raccolto dagli scritti dei giuristi del secolo sesto, i così detti παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν, i quali si dicono ora *Scholia* dei Basilici; furono di molta utilità esegetica per i moderni romanisti. I Basilici rimasero teoricamente in vigore fino alla caduta dell'impero bizantino nel 1453; ma già molto tempo prima essi erano stati abbandonati, sì che non ne resta ora alcuna copia completa. Il loro posto fu occupato da epitome e compendii di cui molti sono stampati nella collezione dello Zaccaria. L'ultimo di essi è l'Ἑξάβιβλος di Costantino Harmenopolo del 1345 (1021), miserabile compendio dei compendii (come lo chiama il Bruns) che sopravvisse alle vicende dei secoli e finalmente ricevette autorità legale nel nuovo regno di Grecia nel 1835 in luogo dei Basilici promulgati l'anno 1822.

(1021) *Harmenopuli manuale legum seu Hexabiblos. Recensuit* G. E. HEIMBACH Leipzig 1851.

§ 90.

Sorte dei libri di Giustiniano nell'Occidente.

Prima che sorgesse la scuola di Bologna, molto più (§ 79) che dai libri di Giustiniano dai codici romano-barbarici l'Europa centrale ed occidentale derivò la sua incompleta conoscenza del diritto romano.

L'editto di Teodorico per verità deve avere avuta ben poca influenza, dopo che Giustiniano riconquistò l'Italia; la legge romano-burgunda fu senza dubbio gradualmente sostituita dal Breviario (*Lex Romana Visigothorum*), quando la Borgogna cadde nelle mani dei Franchi; ma il Breviario si sparse in tutte le direzioni in Francia in Germania penetrando anche in Inghilterra, in gran parte per azione della Chiesa. Tuttavia non era questa la sola fonte di diritto romano, ne è prova un testamento fatto a Parigi in sulla fine del settimo secolo; è trascritto dal Mabillon ed il testatore vi usa l'antica formula del *ius* civile: *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote;* parole queste che non si trovano nè nelle collezioni dei Visigoti nè in quelle di Giustiniano.

Nella sua prammatica sanzione dell'anno 554 Giustiniano di nuovo accordò la sua imperiale sanzione al *ius* ed alle *leges,* cioè al Digesto ed al Codice che già da gran tempo, egli dice, aveva promulgate in Italia; dichiarando nel tempo stesso che le Novelle dovevano avere la stessa efficacia che nell'Oriente. Due anni dopo venne alla luce il compendio di esse fatto da Giuliano, scritto in latino, per comando forse dello stesso imperatore.

Certamente esse si diffusero assai largamente; infatti si conserva nella collezione del Marini il testamento di un certo Mannane, fatto in Ravenna sotto il regno dell'immediato successore di Giustiniano, Giustino II, nel quale i requisiti del Codice e delle Novelle sono scrupolosamente osservati. Degli altri monumenti dello stesso tempo,

che provano la diffusione per l'Italia del diritto giustinianeo, alcuni riferisce il Savigny nel secondo volume della sua Storia del Diritto romano nel medio evo; fra queste voglionsi ricordare la glossa torinese alle Institute, che il Fitting ascrive all'anno 545 circa, e due brevi frammenti conosciuti sotto il nome l'uno di *Dictatum de consiliariis*, l'altro di *Collectio de tutoribus*, ed inseriti come appendice in alcuni manoscritti delle Epitome di Giuliano sulle Novelle (forse sono dovuti a lui stesso). L'invasione dei Longobardi e le turbolenze che ingenerarono in Italia per duecento anni, segregando l'Italia stessa dal resto d'Europa, impedirono una maggiore espansione del diritto giustinianeo verso il Nord; ma esso fu insegnato senza grandi interruzioni in Ravenna, sede degli Esarchi, ove si vuole che fosse trasferita — ma è per lo meno dubbio — la scuola (*studium*) di Roma risorta per opera di Giustiniano. I Longobardi, quando furono alquanto dirozzati, riconobbero il diritto romano per ciò che ne permisero la applicazione ai Romani fra di loro ed entro il loro territorio; si dice anche che fosse insegnato in Pavia loro capitale. La caduta dei Longobardi per opera di Carlomagno aprì nuovo sfogo al diritto stesso fuori d'Italia; nel nono secolo i libri di Giustiniano, in parte almeno, circolavano nelle mani del clero nelle varie parti di Europa. Tuttavia ben pochi avanzi delle varie letterature nazionali indicano molta conoscenza di codesti libri; degni di menzione sono: la così detta *Summa Perusina*, un sunto dei primi otto libri del Codice attribuiti al nono secolo; le *Quaestiones ac Monita* sulle leggi longobardiche (tratte per la maggior parte dalle Institute ma con qualche testo del Digesto del Codice e dell'Epitome di Giuliano) che si suppongono scritte sul principio del secolo undecimo; il *Brachylogus*, revisione abbreviata delle Institute di Giustiniano con rimandi agli altri suoi libri, scritto forse in Francia (ad Orleans?), secondo il Fitting tra il 999 e il 1002, ma secondo altri verso la fine dell'undecimo secolo; e finalmente il libro intitolato *Petri exceptiones legum romanarum*, esposizione sistematica del diritto, in quattro libri, scritta nel mezzogiorno della Francia, in sul principio della seconda

metà del secolo undicesimo e per la maggior parte tratto dalle fonti giustinianee.

Sul finire dell'undicesimo secolo o sul principio del dodicesimo a Bologna, per opera di un tal Irnerio, che non pare fosse un giureconsulto di professione ma in origine un professore di lettere, lo studio del diritto romano cominciò in certo qual modo all'improvviso a richiamare studiosi da ogni parte del Mezzogiorno d'Europa. Fino allora per l'azione del clero si erano divulgate soltanto le Institute il Codice e le Novelle. Le prime per il loro carattere elementare si raccomandavano naturalmente da sè; il Codice con il titolo introduttivo sulla Trinità e il secondo sulla Santa Chiesa, e le Novelle per l'abbondante legislazione che contenevano in materie ecclesiastiche (per molti versi formavano un monumento dei privilegi della Chiesa) erano grandemente apprezzati. — Ma il Digesto, l'opera dei giuristi pagani, era ai più completamente ignota. Ora il Codice e le Novelle, con poca quantità di grano in molta paglia, offrivano poche attrattive pei laici intelligenti; quindi allorchè una copia del Digesto, con la sua dizione infinitamente più pura, con il chiaro suo e stringente ragionamento, capitò alle mani di Irnerio, questi deve essersi visto innanzi un nuovo orizzonte. Il testo sembra provenisse ad Irnerio accidentalmente; almeno questa è la ragionevole spiegazione della tripartizione fatta dai glossatori — come furono chiamati i professori della scuola di Bologna per le *glossae* o note in margine ed interlineari di cui empirono il Digesto — in *Digestum vetus* (che comprendeva i libri dal I al XXIV tit. II), in *Infortiatum* (che da questo andava fino al XXXIX libro) ed in *Digestum novum* (dal XXXIX alla fine). Infatti l'idea che naturalmente da questi nomi discende è che prima il vecchio poscia il nuovo Digesto fosse scoperto, quindi la parte intermedia. L'intera collezione fu dai glossatori distinta in cinque volumi: dei quali il quarto conteneva i primi nove libri del Codice, e il quinto chiamato *volumen parvum legum* conteneva le Institute, una traduzione latina di centotrentaquattro delle Novelle raccolte sotto il nome di *Authenticum*, e gli ultimi tre libri del Codice che erano stati ricuperati dopo

gli altri. Con questi cinque volumi, con l'insegnamento che li accompagnava, con le *glossae*, *summae*, *casus*, *brocardica*, di cui essi furono arricchiti dal sorgere della scuola con Irnerio al chiudersi di essa con Francesco Accorso nel 1260, la giurisprudenza romana cominciò una nuova vita; trascenderei però lo scopo di questo modesto libro se volessi dare di questa anche soltanto un'idea (1022).

§ 91.

Principali manoscritti testi ed edizioni dei libri giustinianei.

Dell'intero *Corpus iuris civilis,* come fu la prima volta chiamato l'insieme delle raccolte giustinianee da Denis Godefroi (Gothofredus) nel 1583, ben pochi mss. avanzano. Ve ne è uno a Copenhagen, ma non è molto antico ed ha scarso valore per il critico. Un altro ms. esiste od esisteva nella biblioteca Domenicana di Würzburg cui era stato donato da Federico Barbarossa; un terzo è nella biblioteca di un convento di Praga. Nel *Catalogus mss. Angliae et Hiberniae* per errore è fatta menzione

---

(1022) Su le materie di questo paragrafo l'opera più autorevole è quella del SAVIGNY *Gesch. d. Röm. Rechts in Mittelalter* Heidelberg 1834-51 (2.ª ediz. in 7 vol.); — ma molti punti sono chiariti dalle opere del Merkel, dello Stintzing, del Bluhme, del Fitting, del Bruns, del Mommsen, del Krüger, del Ficker, del Rivier, del Conrat (Cohn), e di altri i quali scrivendo specialmente in periodici son troppo numerosi per essere qui ricordati. — Per le antiche tracce del diritto romano nella Gran Bretagna vedi AMOS *op. cit.* (nota 1018) p. 443 e seg. — CAILLEMER *Le droit civil dans les provinces Anglo-Normandes* Caen 1883. — SCRUTTON *The influence of the Roman Law on the Law of England* Cambridge 1885. — Il trattato del LEONARD *Beiträge zur Geschichte des Röm. Rechts in England* Heidelberg 1868, ha poco valore essendo compilato in grandissima parte su SELDEN *Ad Fletam Dissertatio* su la *Storia* del Savigny e su WENCK *Magister Vacarius primus iuris Romani in Anglia Professor* Leipzig 1820 [Alcuni studi geniali sul diritto romano nel medioevo si vanno facendo ora; vedi ad esempio, DEL GIUDICE *Le tracce di diritto romano nelle leggi longobarde*. Rend. dell'Inst. Lombardo XVIII 451, XIX 565, XX 399].

di un quarto ms. che dovrebbe essere nella biblioteca della cattedrale di Salisburg. — Quanto ad edizioni a stampa basta dire che vi è un sol libro che sia stato ristampato più volte ed in maggior numero di esemplari, e cioè la Bibbia.

I mss. delle Institute sono numerosi ma i più antichi contengono solo frammenti del testo; un ms. del nono (o meglio del decimo) secolo è completo, il *Codex Bambergensis*. Tutti gli altri sono del secolo decimoquarto ed alcuni anche più recenti. — L'edizione più antica è quella di Peter Schoeffer (Maienza 1468) con le glosse d'Accursio; la prima ristampa senza glosse fu pubblicata a Parigi nel 1511. Le edizioni più autorevoli oggi, essendo il risultato della collazione dei migliori manoscritti, sono quelle del Krüger edita la prima volta nel 1832 e dell'Huschke (1868).

Vi è un solo ms. completo del Digesto anteriore all'origine della scuola di Bologna, il famoso *Codex Florentinus* che fu conservato in Pisa e che ora è uno dei più pregevoli cimelii della biblioteca Laurenziana di Firenze. Il Brencmann nella sua *Historia Pandectarum* (Utrecht 1722) ha dato una minuta descrizione di questo ms.; così, più criticamente, il Mommsen nella prefazione al primo volume della sua grande edizione del Digesto (Berlino 1866). Il Codice è bellissimo, scritto intorno al sesto o settimo secolo, se non a Costantinopoli almeno nella Grecia con molte correzioni di mano più recente. Non v'è alcuna abbreviazione, almeno non vi sono le *siglae* che Giustiniano aveva vietate; non ha numerazione di frammenti, nè spazi fra le parole, nè punteggiatura altro che alla fine di ogni frammento. Le inscrizioni sono conservate e i testi greci sono scritti con accuratezza maggiore del testo latino. — Di ben remota antichità, e forse non molto più recenti della lettera fiorentina sono i codici di Pommersfeld e di Napoli; ma questi non sono completi. Il primo è un papiro contenente parte del primo titolo del libro quarantacinquesimo ed il secondo è un palinsesto che reca parte del libro decimo. — Un ms. della biblioteca reale di Berlino che risale al nono secolo contiene parte del libro nono. — Non si conosce

alcun altro codice anteriore alla scuola dei glossatori; quelli posteriori, fatte poche eccezioni, non contengono l'intero Digesto ma una delle parti in cui fu diviso dalla scuola bolognese, e cioè *Dig. vetus, Infortiatum, Dig. novum*. Sette od otto sono anteriori all'undecimo od al dodicesimo secolo; altri cinquecento incirca sono più moderni. La maggior parte di questi contiene la glossa di Accursio; ed hanno questa particolarità che non riferiscono in pieno le iscrizioni (cioè le indicazioni dei libri degli antichi giureconsulti da cui i frammenti furono tolti) e qualche volta le trascurano affatto; inoltre omettono le parole ed i testi greci alcune volte sostituendovi la versione latina. Di tutti questi testi, tre specialmente hanno grande valore, il Pisano, la Volgata ed il Norico. Il primo è il ms. fiorentino. La Vulgata è il testo adottato dai glossatori, che si trova con maggiori o minori alterazioni in tutti i mss. posteriori al decimoterzo secolo. Il Mommsen, benchè il codice pisano o fiorentino che dir si voglia servisse di base al testo bolognese, crede che i glossatori avessero sottomano un altro manoscritto forse di eguale antichità e forse incompleto, che loro servì per correggere il codice pisano. — La *lectio Norica* (o *Haloandrina* perchè dovuta a Gregorio Haloander-Metzler) è il risultato della collazione del codice fiorentino con i più vecchi mss. della Vulgata, con molte ricostruzioni dell'editore che la pubblicò a Norimberga nel 1529. — La *editio princeps*, abbastanza curiosa, è l'*Infortiatum* pubblicato a Roma nel 1475; il *Dig. vetus* ed il *novum* uscirono l'anno dopo a Perusina ed a Roma rispettivamente. Questi tre volumi sono una stampa del testo bolognese con le glosse di Accursio. — La edizione dell'Haloander, pubblicata l'anno 1529, comprende l'intero Digesto senza glosse. Del pari senza glosse fu la magnifica riproduzione delle pandette fiorentine, edita l'anno 1553 dal Torrelli con l'appoggio di parecchi sovrani fra i quali re Edoardo VI d'Inghilterra. Da quel tempo le molte edizioni non glossate che si susseguirono fino alla metà del secolo presente — l'ultima edizione glossata è del 1627 — sono il prodotto dei tre testi suddetti, con prevalenza del codice fiorentino e con sempre maggior numero di in-

gegnose lezioni nei punti dubbi o monchi. L'incertezza derivante da tante varie letture indusse il Mommsen ad assumere la preparazione della nuova edizione (2 vol. Berlino 1866-70) che è ora da tutti considerata la sola autorevole. Questa è in sostanza la lettera fiorentina accuratamente collazionata e confrontata con i frammenti ricordati e con alcuni dei più antichi mss. bolognesi e, dove era opportuno, con i Basilici e con gli scolii relativi; le emendazioni congetturali sono molto scarsamente accolte ed in generale relegate in nota a piè di pagina.

Del Codice esistono tre mss. incompleti ma anteriori ai glossatori. Irnerio pare che conoscesse soltanto i primi nove libri, perchè gli altri tre (*tres libri*) formano parte del *Volumen* secondo l'ordine della scuola. Essi sono tutti in cattivo stato perchè relativamente antichi; le iscrizioni e sottoscrizioni e tutte le costituzioni greche furono omesse. Nel Codice, come essi lo avevano, i glossatori introdussero quelle che chiamavano le *Authenticae* (cangiamenti fatti al diritto con Novelle da Giustiniano), più alcune costituzioni degli imperatori Federigo I e II le quali si trovano affatto fuori luogo. La edizione più pregevole, desunta dai migliori mss., con l'aggiunta di tutti i passi trascurati dai glossatori, è quella del Krüger (Berlino 1877).

Le Novelle, come si disse, non furono mai raccolte ufficialmente. Per parecchi secoli erano note in Italia soltanto in grazia della Epitome latina che di 125 di esse aveva fatto Giuliano. Un'altra versione latina, la quale si credeva essere stata fatta al tempo di Giustiniano, fu accettata dai glossatori (*versio vulgata*) ed ottenne nome di *Authenticum* [1023]. — Questa i glossatori divisero in dodici *collationes*, disponendo in nove di esse le leggi che glossavano perchè avevano pratica importanza (*Authenticae ordinariae*) e il resto in altre tre non glossate (*Authenticae extraordinariae* o *extravagantes*). — Nel secolo

(1023) ***Authenticum Novellarum Constitutionum Justiniani versio vulgata quam recensuit*** **G. E. Heimbach Leipzig 1851, con dotti *prolegomena* ed un ricco apparato critico.**

decimosesto si scoprirono due mss. che sono la base delle collezioni ora accolte; uno in Firenze, pubblicato dall'Haloander nel 1531, l'altro a Venezia pubblicato nel 1558 da Enrico Scrimgeour, il primo scozzese che attingesse a fama europea come giureconsulto. L'ultima edizione è quella dello Zachariae von Lingenthal (2 volumi Leipzig 1882). — L'edizione curata da Rodolfo Schoell è in corso di stampa; segue il Digesto del Mommsen, le Institute ed il Codice del Krüger, completando la pregevolissima edizione dell'intero *Corpus iuris civilis.*

FINE.

INDICE DELLE COSE NOTEVOLI

(Il numero indica la pagina; se preceduto da n., indica la nota)

A

B

C

D

E

F

G

H

I

J

L

M

N

O

P

Q

R

S

T

U

V

INDICE GENERALE

PARTE PRIMA.

Periodo dei re.

Capo I. — Condizione sociale e politica di Roma e dei suoi abitanti fino all'epoca di Servio Tullio.

Capo II. — Fonti del diritto, private e pubbliche.

Capo III. — Instituzioni di diritto privato.

Capo IV. — Riforme di Servio Tullio.

PARTE SECONDA.

Il ius civile.

Capo I. — Avvenimenti storici che influirono sul diritto.

Capo II. — Le XII Tavole.

Capo III. — Il diritto privato delle XII Tavole è della consuetudine.

Capo IV. — Procedura giudiziale nel sistema decemvirale.

Capo V. — La « stipulatio » e la « legis actio per condictionem ».

PARTE TERZA.

Il « ius gentium » ed il « ius honorarium ».

CAPO I. — INFLUENZE ESERCITATESI SUL DIRITTO.

CAPO II. — FONTI DEL DIRITTO.

CAPO III. — CANGIAMENTI SOSTANZIALI NEL DIRITTO.

PARTE QUARTA.

Il ius naturale e la maturità della giurisprudenza.

(*L'impero fino a Diocleziano*)

CAPO I. — CARATTERI E FATTORI DEL DIRITTO.

CAPO II. — GIURISPRUDENZA.

CAPO III. — CANGIAMENTI SOSTANZIALI.

CAPO IV. — PROCEDURA.

PARTE QUINTA.

Periodo della Codificazione.

(*Da Diocleziano a Giustiniano*)

CAPO I. — AVVENIMENTI STORICI CHE INFLUIRONO SUL DIRITTO.

CAPO II. — COLLEZIONI GIURIDICHE ANTEGIUSTINIANEE.

Capo III. — Il diritto giustinianeo.

Capo IV. — I libri di diritto di Giustiniano.

CORRIGENDA

Pag.	*Nota*	*Linea*	*Si legga:*
2	2	1	« FUSTEL DE COULANGES ».
4	6	3	« le *gentes* ».
5	7	2	« da codesti capi ».
7		26	« il suo cliente negli atti ».
17		18	« offesi? »
26	49	6	« v. *osculana* p. 197, 30 M ».
29	53	5	« v. *diffarreatio* » p. 74, 13 M. Si corregga in varii luoghi della stessa nota *diffareatio* in *diffarreatio*.
32		ultima	« i principali effetti ».
33		8	« figliale »
34		1	« si tolga la prima parola « rito ».
39	82	5	« *agrarverfassung* [Rhein. mus. ».
41	87	14-15	« riconosciute in epoca assai più recente) ».
41	87	22	« necessaria ».
43	89	1	« Schwegler ».
48	100	4	« GOETTLING ».
49		19	« suoi congentili ».
50		2	« *a fortiori* ».
51	107	ultima	« lo traduce con νομοθέτειν ».
54	114	2	« HOELDER »
56	119	4	« (onde le *nundinae* ed il ».
57		5	« potesse ».
»		10	« riparazione ai ».
»		11	« diritto di »
60		2	« da lavoro, - tutte ».
65	138	8	« ufficiali del censo ».
83	179	1	« *excerpta* a Festo ».
»	»	4	« essi erano ciò nondimeno ».
86		10	« *actiones per sacramentum* ».
105		9	« eguale per tutti ».
121		18	« La *gens* o clan ».
133		2	« *capite minuti* ».
141	294	11	« *capitis deminutione* »
»	296	1	« riconosciuta dal ».
265	618	1	« su l'*actio* ».
281	652	7	« l'*editto Salviano* ».
291	678	9	« *Stipulatio* ».